

A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

**REFLEXÕES DE ESTUDANTES
DA GRADUAÇÃO DO CURSO
DE DIREITO DA UNB**

GABRIELA NEVES DELGADO (ORG.)



R332

A reforma trabalhista no Brasil : reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da Universidade de Brasília / Gabriela Neves Delgado, [organizadora]. – Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018. 103 p.

Disponível online: <https://tinyurl.com/y9kn5gjf>.

ISBN 978-85-87999-08-5.

1. Reforma trabalhista. 2. Constituição. 3. Direito do trabalho.
I. Delgado, Gabriela Neves, (org.)

CDU 331:34

Gabriela Neves Delgado (Org.)

**A REFORMA
TRABALHISTA NO
BRASIL**

**reflexões de estudantes da graduação
do curso de Direito da Universidade
de Brasília**

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

**Brasília
2018**

SUMÁRIO

Apresentação.....	1
<i>Gabriela Neves Delgado</i>	
A desvalorização do tempo como (mais) um aspecto da diminuição da pessoa humana trabalhadora: uma análise sobre as mudanças no instituto jornada <i>in itinere</i> no conceito da reforma trabalhista.....	3
<i>Alceu Fernandes da Costa Neto e Júlia Gonçalves Braga</i>	
Breve análise da regulamentação do teletrabalho no direito brasileiro sob análise da Lei nº 13.467/2017.....	10
<i>Brunna de Almeida Ramidoff</i>	
A nova redação do artigo 8º da CLT, sob a luz da coerência com a normativa trabalhista e o ordenamento jurídico como um todo	17
<i>Ana Cláudia de Faria Machay, Gabriela Berbert-Born, Matheus Henrique Fernandes Di Credico, Patrícia Bouvier do Nascimento Silva e Raíssa Machado da Silva</i>	
Trabalho intermitente: uma análise pós-reforma trabalhista com enfoque na situação dos médicos..	25
<i>Luíza Santos Kifer, Marina Barros González Cordeiro e Vitória Costa Damasceno</i>	
O direito à isonomia salarial do trabalhador terceirizado como expressão dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.....	32
<i>Agenor Gabriel Chaves Miranda, Gabriel Barbosa Henrique, Igor Fiche Seabra de Castro, Marcelo Alves Vieira e Rafael de Melo Brandão</i>	
A flexibilização dos direitos da mulher quanto à salubridade em seu ambiente de trabalho: uma análise acerca da constitucionalidade das alterações promovidas pela reforma trabalhista.....	42
<i>Daniela Serra de Mello Martins, Eduardo de Mendonça Ferreira, Juliana Andrade Morhy, Karina Ellen do Nascimento Miranda e Laura Macedo Rodrigues</i>	
Horas <i>in itinere</i> : os impactos da reforma trabalhista para as categorias de trabalhadores rurais e mineradores.....	51
<i>Camila Crivilin de Almeida, Fernanda Martins Torres, Iran Medeiros, Nathália Silva e Nathálya Oliveira Ananias</i>	
A inconstitucionalidade da instituição de banco de horas por acordo individual	60
<i>Lly Chaves de Moraes Tolêdo</i>	
As controvérsias do trabalho intermitente.....	65

Caio Victor Paixão dos Santos, Marcus Vinícius Pinheiro de Faria e Rubens Cantanhede Mota Neto

O trabalho intermitente e suas deficiências **72**

Rafael Santiago Lima, Assis de Sousa Silva, Fernanda Costa e Roberto da Silva Ribeiro

A reforma trabalhista e alteração contratual lesiva **83**

George Maia de Albuquerque, Juci Melim Júnior, Júlia Namie Maia Pinto Ishihara, Luísa Rocha Corrêa e Rafael Fernandes Dubra

O direito às férias à luz da reforma trabalhista..... **92**

Gabriela de Almeida Gomes, Juliana Gomes Rabelo, Priscilla Beust Quint, Renata Teixeira de Andrade e Yasmin de Brito Góes

APRESENTAÇÃO

O livro “A Reforma Trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de direito da UnB” apresenta um conjunto de investigações críticas e propositivas de discentes da graduação do Curso de Direito da UnB sobre a reforma trabalhista promovida pela Lei 13.467/2017.

São acadêmicos do Direito que, em doze artigos científicos elaborados no segundo semestre de 2017, no contexto da disciplina “Direito do Trabalho” por mim lecionada, procuram melhor compreender esse período de refluxo no sistema jurídico brasileiro de proteção ao trabalho humano para, em seguida, apresentarem bases propositivas para o futuro das relações de trabalho e de emprego no País.

Os pontos fundamentais de ruptura ou de fragilização de direitos promovido pela reforma trabalhista foram analisados na perspectiva do Direito Material do Trabalho, sempre considerando a Constituição Federal de 1988 como *chave de leitura obrigatória*.

O principal questionamento que mobilizou esse grupo discente foi o de se saber *quais são e quais devem ser as telas de proteção social no Brasil hoje*, sobretudo após a promulgação da Lei n. 13.467/2017.

Pensar como o Direito do Trabalho pode preservar seu compromisso de atuação como instrumento civilizatório, ao invés de mecanismo de exclusão e discriminação.

Nessa trajetória do pós-reforma, alguns caminhos já foram trilhados por diversos protagonistas do Direito do Trabalho brasileiro. Das ações já articuladas e daquilo que está por vir, o que se depreende do atual contexto é que a *positivação da norma jurídica não finaliza o processo de afirmação da norma jurídica*. Eis a importância da Hermenêutica Jurídica para a mais adequada e técnica interpretação da Lei 13.467/2017 e do sentido das expressões normativas lá prescritas.

Sabe-se que a interpretação do Direito do Trabalho se submete às linhas gerais básicas da Hermenêutica Jurídica, mas também assume uma especificidade relevante, conforme ensina Mauricio Godinho Delgado: “É que esse ramo jurídico deve ser sempre

interpretado sob um enfoque de certo modo valorativo (a chamada *jurisprudência axiológica*), inspirada pela prevalência dos valores e princípios essenciais ao Direito do Trabalho no processo de interpretação. Assim, os valores *sociais* preponderam sobre os valores particulares, os valores *coletivos* sobre os valores individuais. A essa valoração específica devem se agregar, ainda – e harmonicamente-, os princípios justralhistas, especialmente um dos nucleares do ramo jurídico, o princípio da norma mais favorável”¹.

É preciso, portanto, resgatar o “Espírito de Filadélfia”, como já advertiu Alain Supiot², e assegurar que a mobilização coletiva seja feita pela via da interpretação, do discurso e da argumentação jurídica.

Nesse sentido, gostaria de parabenizar todos os alunos e alunas que se mobilizaram em busca da concretização deste projeto coletivo, em especial os alunos *Agenor Gabriel Chaves Miranda* e *Marcelo Alves Vieira*, pela diagramação da obra, e a aluna *Nathálya Oliveira Ananias*, pela elaboração da capa.

Agradeço, finalmente, a Universidade de Brasília – UnB, por viabilizar a publicação deste livro na plataforma virtual, contribuindo, sobremaneira, para a divulgação do conhecimento científico qualificado elaborado nos bancos universitários da Faculdade de Direito.

Brasília, abril de 2018.

Gabriela Neves Delgado

Professora Associada de Direito do Trabalho da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UnB. Líder do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB-CNPq). Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Advogada.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16.ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 251-252 (grifos no original).

² SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Traduzido por Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

**A DESVALORIZAÇÃO DO TEMPO COMO (MAIS) UM
ASPECTO DA DIMINUIÇÃO DA PESSOA HUMANA
TRABALHADORA:
UMA ANÁLISE SOBRE AS MUDANÇAS NO INSTITUTO
JORNADA *IN ITINERE* NO CONCEITO DA REFORMA
TRABALHISTA.**

Alceu Fernandes da Costa Neto
Estudante de Direito na Universidade de Brasília.

Julia Gonçalves Braga
Estudante de Direito na Universidade de Brasília.

1. INTRODUÇÃO

Todos os dias, abro os meus olhos bem cedo. O cheiro do café da mulher sempre me desperta. Ainda não é claro quando saio da cama. Pego a boia que foi preparada ontem e vou pegar o ônibus do canalial. Ele é pontual. Eu devo ser também. Passa de ponto em ponto pegando gente e chega quase no meio da manhã, quando a boia já está fria. Desse horário *pra* frente é que eu começo o meu trabalho, que só termina quando o sol diz adeus. Com algumas variações - trocando o canalial por uma empresa - esse é o cotidiano do brasileiro comum. O tempo despendido entre o trajeto casa-trabalho-casa é, para a maioria, longo e muito custoso.

Engels³ recorda, nesse contexto, que ao fim das contas e em meio ao capitalismo desenfreado, o proletário não tem sequer o tempo de amar, porque o tempo é todo gasto com o trabalho e aquilo que lhe resta escorre no trajeto. Justamente esse contexto traz à luz a discussão sobre o tempo que se gasta – e que não se remunera – entre o percurso desde a casa até o posto de trabalho. Esse não é um debate plenamente resolvido. Enquanto as legislações internacionais, notadamente a europeia, estão inclinadas a considerar esse tempo como parte do labor, no Brasil, em função da reforma trabalhista, reforça-se a desvalorização do tempo do trabalhador.

Esse pequeno ensaio objetiva discutir a questão referente ao tempo de deslocamento dos trabalhadores aos seus postos de trabalho, bem como o respectivo

³ ENGELS, Friedrich. *A origem da origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

impacto da nova legislação trabalhista em vigor a respeito do cálculo da jornada de trabalho. Enquanto em um primeiro capítulo abordaremos a questão de maneira mais ampla, no segundo, trataremos das mudanças normativas advindas da Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor no dia 11.11.2017. Por fim, oferecemos o nosso entendimento acerca da aplicação do art. 58 da lei, principal dispositivo referente ao tema ora proposto.

1.1. DE PERTO, O PROBLEMA.

Em 2015, a Corte de Justiça da União Europeia decidiu que o tempo de deslocamento gasto pelo trabalhador durante viagens rumo aos clientes deveria ser contabilizado como horário de trabalho.⁴

Embora o caso em relevo compreenda apenas situações onde o empregado não tem local fixo ou regular, isto é, precisa se deslocar à casa de clientes para perfazer a atividade laboral, chama a atenção um dos argumentos principais que diz que, nessas frações de deslocamento, os trabalhadores atuam segundo as instruções de seus empregadores. Mais que isso, não têm autonomia para - naquela trajetória - usar o seu tempo livremente em benefício de seus próprios interesses⁵

Em um cenário trabalhista complexo como o brasileiro, a questão do deslocamento casa-trabalho-casa suscita muitos questionamentos. Do ponto de vista urbano, dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) detectou que quase 20% dos brasileiros que vivem em nas regiões metropolitanas demoram mais de uma hora para chegar aos seus trabalhos. O índice vai se tornando ainda mais grave a depender da classe social. Em função da fragilidade trazida pela ineficiência dos transportes públicos, quanto mais pobre, maior o tempo gasto pelo empregado para chegar ao seu posto. Considerando uma jornada de trabalho de oito horas e mais duas horas de descanso (art. 58, caput c/c art. 382, da CLT) é possível pensar que o trabalhador brasileiro urbano médio passa cerca de doze horas do seu dia vinculado à relação de emprego⁶.

Já no âmbito rural, o cenário toma contornos ainda mais letais. O trabalhador inserido, por exemplo, no corte de cana, acorda sempre muito cedo a fim de desempenhar

⁴ Court of Justice of the European Union. *The journeys made by workers without fixed or habitual place of work between their homes and the first and last customer of the day constitute working time*. Comissão Europeia: Luxemburgo, 2015.

⁵ Op. Cit. p. 03.

⁶ PEREIRA; SCHWANEN, T.; PEREIRA, R. H. M. *Tempo de deslocamento casa-trabalho no Brasil (1992-2009): diferenças entre regiões metropolitanas, níveis de renda e sexo*. IPEA: Brasília, 2001.

um primeiro ciclo de atividades domésticas e leva grande parte das primeiras horas da manhã rumo às lavouras que em geral são de difícil acesso. Ao chegar nesses locais, manipulam agrotóxicos e chegam a cortar oito toneladas de cana por dia. Não é sem razão que essas profissões são consideradas parte vital da economia canavieira.

É nesse contexto que se encontra o tema em destaque. Se, por um lado, o lugar da moradia é um ônus do empregado, isto é, não se pode penalizar o empregador porque alguém mora mais distante, por outro, discute-se o conceito e a aplicação da chamada horas *in itinere*. Antes da reforma trabalhista, caracterização da jornada *in itinere* dependia de dois aspectos principais: (i) o empregador deve fornecer a condução e (ii) o local de trabalho deve ser de difícil acesso ou não servido por transporte regular público (§2º do art. 58 da CLT antes da reforma) - como ocorre com os trabalhadores rurais que se dirigem à plantação no interior de uma fazenda. Nesse caso, a jornada de trabalho iniciava-se com o ingresso na condução fornecida pelo empregador e terminava com a saída do empregado da referida condução, ao regressar ao ponto de partida. Essa orientação é acolhida pela Lei no 8.213/91 no que diz respeito ao acidente do trabalho ocorrido no trajeto residência-empresa, e vice-versa (art. 21, IV, “d”)⁷.

2. A REALIDADE BRASILEIRA: UMA COMPARAÇÃO NECESSÁRIA

Dentro das ideias que envolvem a proteção do trabalho humano, cumpre ressaltar a importância dos dispositivos legais que estabelecem limites à duração da jornada de trabalho. A esse respeito, o ordenamento jurídico brasileiro considera que a jornada compreende o tempo em que o empregado está à disposição do empregador, ou seja, é mais abrangente do que o período em que o empregado está efetivamente trabalhando (art. 4º da CLT).

Em 1978, a partir de uma interpretação extensiva do artigo 4º da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho criou a figura das horas *in itinere* (Súmulas n. 90 e 320, TST) que, em 2001, passou a fazer parte da Consolidação das Leis Trabalhistas, vide artigo 58, §2º da antiga CLT. Admitiu-se contar, sob algumas circunstâncias, a jornada de trabalho a partir do momento que o trabalhador sai de sua residência com destino à empresa, ou seja, jornada de trabalho seria o tempo de deslocamento casa-empresa-casa⁸.

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo. 2007.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 839.

Em resumo, o conceito de horas *in itinere* diz respeito ao tempo que o empregado leva para deslocar-se de sua residência para o local de trabalho, e vice-versa. De acordo com a antiga CLT, quando demonstrado que o local da prestação dos serviços era de difícil acesso ou não servido por transporte público regular e, por esse motivo, o empregador fornecia condução própria para o transporte, o tempo gasto no trajeto casa-trabalho era considerado tempo à disposição do empregador, assim, era contabilizado na jornada. Em outras palavras, pela antiga CLT, a empresa empregadora situada em local de difícil acesso não era obrigada a fornecer transporte para o trabalhador, porém, se assim fizesse, deveria ficar atenta à jornada de seus empregados e ao tempo de trajeto.

A aplicação da teoria das horas *in itinere* é comum à hipótese em que as empresas se localizam em áreas rurais ou de mineração – portanto, de difícil acesso – e os empregados não têm condições de chegar ao local de trabalho a não ser pelo transporte fornecido pela própria empregadora. Ao fornecer o transporte, a empresa empregadora e o empregado beneficiam-se na medida em que (i) a empresa depende da presença dos trabalhadores para o regular funcionamento dos negócios e pode, assim, garantir a pontualidade dos seus funcionários, e (ii) o empregado consegue chegar ao local de trabalho com maior conforto e rapidez, embora já esteja sob a supervisão da empresa contratante⁹.

Com o advento da Lei nº 13.467/2017, o tempo despendido pelo empregado no percurso casa-trabalho, ainda que em transporte concedido pela empresa, não poderá ser acrescido à jornada por não caracterizar tempo à disposição do empregador. Importante destacar que as mudanças suscitadas pela nova lei vão de encontro ao entendimento de aproximadamente 40 anos do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰.

Frente a esse novo contexto, a Lei da Reforma Trabalhista apresenta-se como um marco na ordem trabalhista brasileira, promovendo alterações significativas na CLT. Com relação ao cálculo da jornada de trabalho e ao pagamento das horas *in itinere* pelo empregador, importante mencionar as mudanças apresentadas pelo artigo 58 do referido dispositivo legal:

ANTES DA REFORMA	DEPOIS DA REFORMA
------------------	-------------------

⁹ CIZESKI, Cirlene Alexandre. Horas in itinere: trabalhadores canavieiros. *Síntese Trabalhista*, v.13, n.148, p.34-39, out. 2001.

¹⁰ ALEMÃO, Ivan. A reforma trabalhista de 2017 e o TST. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 81, n. 9, p. 1121-1130, set. 2017.

<p>Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.</p> <p>§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.</p>	<p>Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.</p> <p>§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.</p>
<p>§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, <u>salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.</u></p>	<p>§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, <u>inclusive o fornecido pelo empregador</u>, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.</p>
<p>§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.</p>	<p>(Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)</p>

Diante das mudanças legislativas, parte consistente da doutrina jurídica, todavia, entende que o § 2º do artigo 58 da CLT não deve ser aplicado mediante interpretação literal e gramatical. Embora a doutrina reconheça que a nova CLT, de fato, veda a inclusão das horas *in itinere* à jornada de trabalho, defende-se que a jornada se inicia no instante em que o trabalhador se apresenta ao empregador, ou seja, “no instante em que ingressa nos muros do ambiente empresarial”¹¹, e não no momento em que ocorre a efetiva ocupação do posto de trabalho, como pode ser entendido – caso interpretado literalmente - o atual dispositivo legal.

3. ANÁLISES FINAIS

No conceito da reforma trabalhista, o período de trabalho nada ou pouco vale em contraposição aos interesses das empresas, que buscam ao máximo reduzir os custos da mão-de-obra humana. A partir do momento que o trabalhador se encontra dentro da condução da empresa empregadora, ele já se encontra sob vigilância e supervisão, isto é,

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 121 e 122.

não pode mais desfrutar da sua individualidade, resolver seus problemas pessoais ou mesmo falar ao telefone com os seus parentes e amigos como se em ambiente privado estivesse. O trabalhador, ao revés, deve permanecer diligente porque além dele e de seus pares, em geral, encontram-se também os seus superiores diretos. Isso o inibe.

Nesse contexto, questiona-se, como pode ser possível uma norma como a destacada pelo presente artigo permanecer firme no ordenamento jurídico frente aos princípios constitucionais da solidariedade social e da valorização do trabalho. Ademais, é evidente que, ao adentrar no estabelecimento empresarial, qual seja, a condução da empresa ou o a sua própria sede, o empregado encontra-se sob subordinação, ou seja, está em plena jornada de trabalho.

Em nossa opinião, além de ofender a dignidade humana, tal dispositivo da nova legislação trabalhista contraria o princípio da solidariedade esculpida no artigo 3º da Carta Maior e da valorização do trabalho humano. Além disso, importante destacar que a empresa empregadora, ao fornecer a condução, não beneficia apenas o empregado, mas, ao revés, também é muito beneficiada: apesar de localizar-se em zona de difícil acesso, a empresa depende da presença dos trabalhadores para o regular funcionamento dos negócios e precisa criar incentivos para angariar trabalhadores, bem como para garantir a pontualidade de seus funcionários.

Por fim, a saber que a aplicação dos direitos trabalhistas deve obedecer aos parâmetros constitucionais, tal norma, em nossa opinião, deve ser declarada inconstitucional e a sua aplicação deve ser afastada pelos magistrados, perdurando o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMÃO, Ivan. A reforma trabalhista de 2017 e o TST. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 81, n. 9, p. 1121-1130, set. 2017.

CIZESKI, Cirlene Alexandre. Horas *in itinere*: trabalhadores canavieiros. *Síntese Trabalhista*, v.13, n.148, p.34-39, out. 2001.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *The journeys made by workers without fixed or habitual place of work between their homes and the first and last customer of the day constitute working time*. Comissão Europeia: Luxemburgo, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

ENGELS, Friedrich. *A origem da origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

PEREIRA; SCHWANEN, T.; PEREIRA, R. H. M. *Tempo de deslocamento casa-trabalho no brasil (1992-2009): diferenças entre regiões metropolitanas, níveis de renda e sexo*. IPEA: Brasília, 2001

BREVE ANÁLISE DA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO SOB ANÁLISE DA LEI Nº 13.467 DE 2017

Brunna de Almeida Ramidoff
Estudante de Direito da Universidade de Brasília

RESUMO

O artigo analisa a regulamentação dada ao teletrabalho realizada pela Lei nº 13.467 de 2017 que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) 5 (cinco) novos dispositivos. Tem como principal objetivo demonstrar a necessidade de regulamentação do teletrabalho nos dias de hoje, principalmente por motivos históricos e evolucionistas dos tipos de trabalhos, e verificar a importância do papel que a Lei nº 13.467 de 2017 ao realizar a inserção dos dispositivos na CLT.

Palavras-chave: Teletrabalho. Subordinação. Pessoaalidade. Reforma Trabalhista. CLT.

1. INTRODUÇÃO

A consolidação do direito do trabalho seguiu diversas fases de formação com características próprias e peculiares. Conforme Maurício Godinho Delgado, a primeira fase começou com as manifestações incipientes ou esparsas em 1802 e foi até o ano de 1848 com o *Peel's Act* inglês; já a segunda fase compreendeu o período de 1848 até 1919 que resultou na sistematização e consolidação do Direito do Trabalho. A institucionalização do Direito do Trabalho começou em 1919, iniciando a terceira fase. Por volta dos anos de 1979/80, ocorre uma crise no direito do trabalho, quarta fase, desestabilizando os padrões justralhistas, e que no Brasil os seus reflexos foram sentindo nos anos de 1990¹².

A crise do petróleo desequilibrou o mercado econômico, resultando em alta da inflação e concorrência empresarial, com isso colocava-se em cheque a posição do estado como provedor de políticas sociais¹³.

¹² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 99-10.

¹³ Idem, p. 104.

Outro ponto de extrema relevância foi a revolução tecnológica, com a introdução nos meios de produção, de robôs, a utilização de informática, desenvolvimento da microeletrônica etc. Essa introdução tecnológica fez com que muitos empregados fossem substituídos por máquinas levando as pessoas a cogitar a ideia de que a próxima geração da sociedade não iria ter mais trabalho.

Entretanto, novas maneiras de prestar trabalho foram surgindo, antes nunca pensadas, e que revolucionavam a forma de contratação e de controle sobre os empregados, eram os teletrabalhos e o *home-office* (escritórios em casa)¹⁴.

2. CARACTERIZAÇÃO

Quanto a definição de teletrabalho sempre houve divergência. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define como teletrabalho o lugar longe do escritório, do centro de produção, que se utilize tecnologia para a comunicação e que haja separação física¹⁵. Entretanto, a OIT não disciplinou sobre o teletrabalho, apenas sobre trabalho “a domicílio” através da Convenção nº 177 e a Recomendação nº 184¹⁶.

Apenas em 2011, a Lei nº 12.551 alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dispondo apenas sobre a equiparação dos efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Referência a apenas ao trabalho “a domicílio”.

O artigo 3º da CLT de 1943 estabelece os pressupostos da relação de emprego, de maneira mais específica, conforme Maurício Godinho Delgado, sendo os elementos fático-jurídicos componentes: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade¹⁷.

O que se destaca dentre os elementos fáticos-jurídicos é o elemento da pessoalidade, a prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador. No caso do teletrabalho não haveria esse elemento fático-jurídico, visto que o empregado não

¹⁴ Idem, p. 104.

¹⁵ BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, p. 1-22, ago. 2010.

¹⁶ BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, p. 1-22, ago. 2010.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 315.

trabalha no estabelecimento da empresa, o que a princípio poderia gerar uma não caracterização do vínculo da relação de emprego.

Dessa forma, a utilização do teletrabalho como forma de vínculo de emprego resultante da modernidade da década de 1970 até os dias de hoje, desafiou e desafia a doutrina, a jurisprudência e principalmente os ambientes laborais ao lidar com suas regras.

2.1. SUBORDINAÇÃO

O elemento fático-jurídico da subordinação é verificado quando o empregador “dá” ordens, fiscaliza os atos do empregado, portanto, controla a atividade exercida por ele. No teletrabalho muda-se o exercício do poder diretivo pelo empregador, devido a não existência da presença (física) do empregador onde se realiza as atividades laborais, e que se utiliza a informática como meio de comunicação e de realização da atividade¹⁸.

Existia a tese de se abolir dos elementos fáticos-jurídicos da relação de emprego do teletrabalho, especialmente a subordinação, entretanto, o que ocorre é apenas uma subordinação a distância, e não a inexistência do critério da subordinação. O empregado não se torna autônomo, e muito menos deixa de seguir ordens do seu empregador. O que se modifica são os padrões de gerenciamento tradicionais¹⁹.

A Lei nº 12.551 de 2011, já citada, superou o óbice quanto a dúvida da existência da subordinação, conseqüentemente da existência de relação de emprego em situações de teletrabalho, confirmando sua existência ao alterar o artigo 6º da CLT²⁰.

2.2. PESSOALIDADE

A distância entre o empregador e o empregado também ensejou dúvidas quanto ao elemento fático-jurídico da pessoalidade inerente a relação de emprego. Entretanto, fica claro que a depender do serviço, da atividade laboral desempenhada pelo empregado, não é necessária sua presença física no estabelecimento, já que suas atividades não demandam instrumentos específicos que só tenha no estabelecimento laboral. E é claro também que essa possibilidade só existe quando o empregador percebe que o empregado

¹⁸ BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, p. 1-22, ago. 2010.

¹⁹ BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, p. 1-22, ago. 2010.

²⁰ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467.2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 137.

possui todas as condições para realizar o seu trabalho em outro lugar, diverso do estabelecimento empresarial.

3. REGULAMENTAÇÃO E A LEI Nº 13.467 DE 2017

No Brasil, até o ano de 2017, não havia legislação específica sobre o tema, o que gerou alguns entraves, como o conflito com o Direito do Trabalho e sua regulação. O primeiro grande problema é a conceituação, terminologia do termo “teletrabalho”, visto que existem variadas formas de teletrabalho, como o autônomo, o temporário, o prestador de serviços e entre outros. Essa gama de possibilidades de exercício de teletrabalho fez com que fosse muito difícil cuidar de todos os problemas que surgiriam decorrentes dessas relações de emprego²¹.

Na esteira dessa evolução da inserção do teletrabalho nos ordenamentos jurídicos no mundo, conforme estudado por Fernanda Borges Stockler Barbosa, é possível citar o Código de Trabalho Português, que dispôs sobre o teletrabalho demonstrando grande avanço em questão de legislações que não tratam sobre o tema, pois a maioria dos países europeus, com a exceção da França e da Finlândia, não possuem nenhuma regulamentação sobre teletrabalho²².

Os Estados Unidos também são um bom exemplo por possuírem um elevado número de pessoas adeptas ao teletrabalho (*telecommuting*). O *telecommuting* tem ajudado na eficiência da Administração Pública Federal atingindo os funcionários públicos que formam o maior número de empregados nos Estados Unidos. A principal legislação deles sobre o tema é do ano 2000 e dispõe sobre o incentivo de que as agências façam para a prática do teletrabalho²³.

No Brasil, a Lei nº 12.551 de 2011, apesar de alterar o artigo 6º da CLT, ela apenas confirma a existência do elemento fático-jurídico da subordinação nas diversas relações de emprego do teletrabalho, porém, não trouxe conceito ou regulamentação do direito do teletrabalho, conforme explica Maurício Godinho e Gabriela Delgado²⁴.

²¹ BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, p. 1-22, ago. 2010.

²² BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, p. 1-22, ago. 2010.

²³ BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, p. 1-22, ago. 2010.

²⁴ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467.2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 137.

Já a Lei nº 13.467 de 2017, que alterou significativamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, insere na própria CLT pela primeira vez dispositivo que dispõe sobre a regulamentação do teletrabalho. Constam no Título II, Capítulo II-A, do artigo 75-A ao artigo 75-E.

O primeiro dispositivo que merece destaque é o que traz a definição do que é o teletrabalho no art. 75-B²⁵ e no parágrafo único da CLT reformada. Dessa forma, hoje, teletrabalho é a prestação de serviços, fora das dependências do empregador, mas que eventualmente pode comparecer no estabelecimento, e que use de tecnologias de informação e de comunicação, mas que não seja caracterizado como trabalho externo.

O primeiro ponto observado por Maurício Godinho e Gabriela Delgado é a descaracterização do teletrabalho, se o comparecimento ao estabelecimento do empregador se tornar recorrente, principalmente como forma do empregador controlar a jornada do empregado. É de suma importância destacar que a própria Lei nº 13.467 de 2017 enquadrou os empregados que se encontram no regime de teletrabalho a excluídos das regras aplicáveis a jornada de trabalho, conforme artigo 62 da CLT (com a nova redação)²⁶.

Para o Ministério Público do Trabalho, na Nota Técnica de nº 7²⁷, a Lei nº 13.467 de 2017, ao excluir os empregados que trabalham pelo regime de teletrabalho o controle de jornada de trabalho, faz com que não existam limites para sua jornada diária, o que obviamente poderia acarretar muito mais horas trabalhadas pelo empregado.

Em relação a aquisição dos instrumentos tecnológicos e da infraestrutura presente no artigo 75-D, Maurício Godinho e Gabriela Delgado²⁸ anotam que deve ser interpretado

²⁵ Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

²⁶ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467.2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 137.

²⁷ Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas!/ut/p/z1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljo8zijiS1NnQ2d_A28DQwMLQwc3QyCvEOMggwNzAz1w8EKDN0NTDxBCTy9A8wNHAMNfV093Q2NvE1M9aOI0Y9HAUi_AQ7gaADUHwVWgsMFziZm-BWAnUjIkoLc0AiDTE9FAOAJ4Bg!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/> Acesso em 27 de novembro de 2017.

²⁸ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467.2017*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 139.

conforme o artigo 2º, *caput*, da CLT, em que os riscos da atividade econômica são do empregador²⁹.

Deve-se concordar com os doutrinadores, visto que, conforme a Nota Técnica nº 8³⁰ emitida pelo Ministério Público do Trabalho, o dispositivo (art. 75-D³¹), se interpretado em seu sentido literal, fere os direitos fundamentais do artigo 7º³², incisos IV, VI e VII, da Constituição Federal, ao transferir ao empregado os custos de equipamentos e estrutura para o trabalho.

4. CONCLUSÃO

A redação dos artigos dada pela Lei nº 13.467 de 2017, apesar de serem um avanço em relação a regulamentação e previsão da figura do teletrabalho, deixa a desejar na definição de direito e deveres decorrentes dessa relação, deixando a cargo sempre do contrato individual de trabalho a sua especificação e interpretação gerando insegurança para aqueles que se sujeitam ou irão se sujeitar a essa relação de empregado desprotegida.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Fernanda Borges Stockler. A regulamentação jurídica do teletrabalho. *Horizonte Científico*, vol. 4, n. 1, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4317/5103>> Acesso em 27 de novembro de 2017.

²⁹ Não se pode deixar de destacar, apesar de serem esferas, regimes diversos, mas que vale a lembrança de alguns setores do serviço público brasileiro como é o caso do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, prevê a possibilidade do teletrabalho, entretanto, o servidor público é que arca com todo o custo e deve seguir todas as regras e parâmetros exigidos pelo órgão para poder fazer parte do teletrabalho, se é justo ou não, aqui não é o momento para tal crítica.

³⁰ Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B08.2017.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f> Acesso em 27 de novembro de 2017.

³¹ Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

³² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

BRASIL. PROCURADORIA-GERAL DO TRABALHO. *Nota Técnica nº 7 de 9 de maio de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546/notatecnica07.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=508e64bb-ea0e-432e-81bc-8ee0e7e0f546> Acesso em 27 de novembro de 2017.

BRASIL. PROCURADORIA-GERAL DO TRABALHO. *Nota Técnica nº 8 de 26 de junho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f/Nota%2BT%C3%A9cnica%2Bn%C2%BA%2B08.2017.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f> Acesso em 27 de novembro de 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467.2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 8º DA CLT, SOB A LUZ DA COERÊNCIA COM A NORMATIVA TRABALHISTA E O ORDENAMENTO JURÍDICO COMO UM TODO

Ana Cláudia de Faria Machay

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Gabriela Berbert-Born

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Matheus Henrique Fernandes Di Credico

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Patrícia Bouvier do Nascimento Silva

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Raíssa Machado da Silva

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

RESUMO

As mudanças advindas da reforma da Consolidação das Leis do Trabalho prometem impactar as relações trabalhistas nos mais diversos âmbitos, seja na interpretação dos contratos de trabalho, no trabalho a tempo parcial e na preconização da mínima intervenção na autonomia privada. Em relação ao artigo 8º da CLT, a Lei nº 13.467/2017 instituiu alterações ao suprimir a parte final de seu parágrafo único, renumerado como § 1º, e acrescentar-lhe dois novos parágrafos, os §§ 2º e 3º. Neste cenário, o presente estudo se propõe a examinar as possíveis consequências práticas do novo texto, bem como ponderar acerca da interpretação que lhe deve ser conferida, com vistas a harmonizá-lo aos ditames da matriz constitucional de 1988 e aos princípios que regem o Direito do Trabalho. Para tanto, analisar-se-á separadamente cada dispositivo do referido artigo, contrastando o novo texto legal ao antigo, com o fito de evidenciar o sentido das mudanças instituídas pela Reforma. Ao final, verificar-se-á a importância de que lhe seja conferida uma interpretação que considere a lógica sistemática e teleológica própria do Direito do Trabalho, em respeito à integração jurídica, e se mostre coerente com ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista. Artigo 8º da CLT. Integração Jurídica. Interpretação Jurídica.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar as mudanças advindas da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, a Reforma Trabalhista, especificamente em relação à nova redação referente ao art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), acerca da atuação da Justiça do Trabalho no julgamento de casos concretos. Para tanto, far-se-á um contraponto com o disposto na antiga CLT, a fim de demonstrar suas consequências práticas, bem como verificar sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro.

2. CAPUT: TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

O *caput* do artigo 8º da CLT não teve seu teor alterado, de modo que permanece a seguinte previsão:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Desse dispositivo é possível extrair que, quando não há previsão legislativa ou contrato, é possível indicar métodos de interpretação das normas trabalhistas, a fim da integração da legislação trabalhista, mas sempre em observância ao interesse público, não podendo este estar em detrimento do interesse de classe ou de particular.

Assim, são elencados: 1) jurisprudência; 2) analogia; 3) equidade; 4) princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho; 5) usos e costumes; e 6) direito comparado. Do modo como está disposta a sequência, pode-se deduzir que está em uma linha decrescente de preferência de aplicação, dando-se destaque aos métodos da jurisprudência, da analogia e da equidade.

Ademais, ressalta-se que a interpretação da norma é uma atividade jurisdicional de extrema importância, portanto, o juiz deve se atentar à adequada aplicação das técnicas, a fim de solucionar as lides. Em um âmbito jurídico sensível, como o do direito do trabalho, em que há vulnerabilidade nas relações, a escolha da técnica de interpretação pode gerar impactos que podem aprofundar essa fragilidade existente no resultado da demanda. Com efeito, vale ressaltar novamente a necessidade de zelar pela proteção do interesse público.

3. PARÁGRAFO 1º: A INTEGRAÇÃO JURÍDICA E A TENTATIVA DE AMPLIAÇÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO COMUM

A redação deste instituto, após a reforma, dispõe que “[o] direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, de modo que se retirou a observação complementar a esse parágrafo, inclusa na redação original, que prescrevia o trecho: “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. A modificação merece nossa atenção por se tratar de um importante instituto denominado “integração jurídica”, evidenciando-se o “Direito Comum” como fonte subsidiária ao Direito do Trabalho.

De acordo com Maurício Godinho Delgado³³, podemos entender a integração jurídica como o "processo de preenchimento das lacunas normativas verificadas no sistema jurídico em face de um caso concreto, mediante o recurso a outras fontes normativas que possam ser especificamente aplicáveis". Levando-se em consideração tal conceito, a referida supressão da expressão pode dar margem a interpretações que buscam legitimar a importação de regras advindas do Direito Comum não compatíveis com os princípios do Direito do Trabalho. Se para uma categoria há dois diplomas de mesma natureza jurídica regulando a mesma situação, porém de maneira distinta, quem prevalece?

Pela lógica do direito comum, quando há diplomas jurídicos concorrentes, é estabelecida uma pirâmide hierárquica rígida que vai ser fixada em relação ao grau de especialidade e temporalidade da norma, como disposto no artigo 59 da Constituição Federal. Porém, no direito do trabalho, quando há conflito de diplomas, é o princípio da norma mais favorável, sob enfoque da teoria do conglobamento, que rege a escolha do mais adequado.

Portanto, o parágrafo 1º não se trata de uma mudança substantiva, como concluem os autores Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado:

É da natureza, portanto, da integração jurídica que somente se maneje uma fonte subsidiária se, naquele aspecto de destaque, haja real compatibilidade lógica e principiológica entre a regra importada e o campo jurídico importador. Sob esse ponto de vista, dessa maneira, pode-se afirmar, com segurança, que o Direito Comum (especialmente o Código Civil Brasileiro, de 2002, e o Código do Consumidor, de

³³ DELGADO, Mauricio. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017

1990) apenas poderão atuar como fonte subsidiária do Direito do Trabalho quando houver real compatibilidade entre as regras civilistas ou consumeristas importadas e os princípios e lógica jurídica estrutural do Direito do Trabalho.³⁴

4. PARÁGRAFO 2º: TENTATIVA DE LIMITAR O ATIVISMO JUDICIAL?

Este novel parágrafo acrescentado pela Reforma dispõe que “[s]úmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. É possível destrinchá-lo em duas assertivas: as súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho i) não poderão restringir direitos legalmente adquiridos; e ii) não poderão criar obrigações que não estejam previstas em lei.

Em relação à primeira assertiva (i), não há controvérsia a ser dirimida, isso porque a própria Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 6º) asseguram que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, seria totalmente irracional conferir a súmulas e demais enunciados de jurisprudência, desprovidos de qualquer caráter cogente e com função meramente interpretativa, o condão de restringir direitos legalmente adquiridos.

No mais, quanto ao excerto (ii), a leitura desatenta do dispositivo poderia conferir a impressão de que se limitou a atuação da Justiça do Trabalho, bem como a respectiva independência funcional, em resposta ao seu crescente ativismo judicial. Tal percepção pode advir dos largos vazios legislativos que forçam um tribunal trabalhista a fazer uma construção jurídica para tentar equacionar uma realidade cotidiana desprovida de uma regulamentação à vista. Trata-se, nesses casos, de exercício hermenêutico, e não de atividade legiferante por parte do Poder Judiciário, como erroneamente muitos compreendem. Frisa-se a o caso da terceirização trabalhista, cuja deficiência legislativa culminou na edição da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil, com comentários à lei nº 13.467/2017. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

solucionou a omissão do legislador a partir da interpretação cumulada do art. 455 da CLT com a Lei n. 6.019/1974, segundo Homero Silva³⁵

Por conseguinte, a criação do § 2º do art. 8º da CLT pela Lei n. 13.467/2017 não inovou na seara trabalhista brasileira, sendo inviável concluir que houve qualquer limitação à atuação dos órgãos da Justiça do Trabalho. Seu único propósito foi reiterar o entendimento de que o aplicador do Direito, em qualquer âmbito do Poder Judiciário, no exercício de sua dinâmica interpretativa, não pode mitigar direitos legalmente adquiridos ou criar obrigações de forma desarrazoada, conforme as lições de Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado³⁶.

5. PARÁGRAFO 3º: PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA

O § 3º também foi acrescentado pela Lei n. 13.467/2017, com a seguinte redação:

§3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Conforme a leitura desse dispositivo, verifica-se uma pretensão de se restringir ao máximo o controle jurisdicional realizado pela Justiça do Trabalho nas negociações coletivas (convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho). Revela-se, assim, clara tentativa de limitar a atuação desse segmento do Poder Judiciário.

Observa-se que, conjugado com os termos do artigo 611-A do mesmo diploma legal e sob justificativa de preservação do “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, a referida lei intenciona aumentar a capacidade de negociação de direitos trabalhistas, criando padrões menos favoráveis aos empregados, sem submissão ao crivo da Justiça do trabalho. Um exemplo dessa situação seria a possibilidade de instrumento coletivo negociado estabelecer critérios para caracterização do grau de insalubridade na relação de emprego.

³⁵ SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

³⁶ ³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à lei nº 13.467/2017*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

Todavia, o princípio da "intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva" vai de encontro ao princípio da inafastabilidade da jurisdição acesso à Justiça, consagrado artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal vigente, o qual dispõe que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Dessa forma, a interpretação almejada pelo legislador, no caso em tela, apresenta-se eivada de vício de inconstitucionalidade, a norma legal não pode se sobrepor a um direito fundamental estabelecido constitucionalmente.

Esse novo dispositivo da CLT preconiza ainda, na análise judicial dos instrumentos coletivos negociados, tão somente a observância dos pressupostos formais de validade do negócio jurídico previstos no artigo 104 do Código Civil de 2002: i) agente capaz; ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Posto disso, a fim de evitar resultados interpretativos absurdos, cumpre utilizar de uma interpretação lógico-racional e sistemática. Ora, mesmo diante do atual cenário de ampla flexibilização trabalhista, é inconcebível que direitos constitucionais de indisponibilidade absoluta possam ser transacionados em prejuízo do trabalhador. A legitimidade da relação de emprego implica na observância de patamar civilizatório mínimo, em conformidade com a Constituição Federal e também com a normatividade internacional. Nesse sentido, afirmam Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado:

Evidentemente que não cabe a conclusão de que o novo preceito legal permitiu a instauração no País, por intermédio da negociação coletiva trabalhista, de uma ordem jurídica anômala, anti-humanista e antissocial, que faça da Constituição da República, das normas internacionais imperativas no Brasil e das normas federais também imperativas uma exótica tabula rasa em desfavor da pessoa humana que viva de seu trabalho empregatício na economia e na sociedade brasileiras³⁷.

Portanto, de acordo com os autores supracitados, a interpretação mais adequada do artigo 8º, § 3º, da nova CLT, é que a Justiça do Trabalho, ao apreciar os diplomas coletivos negociados, deve compreender a relevância da regulação exercida pelas fontes

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à lei nº 13.467/2017*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

formais autônomas do Direito do Trabalho, respeitando, de maneira geral, os seus dispositivos celebrados.

6. CONCLUSÃO

Cediço é que o direito não se resume à lei. Decerto não pode o juiz deixar de exercer sua função jurisdicional valendo-se do pretexto de que inexistente lei apta a ser aplicada à determinada circunstância fática. Nesse sentido é que o artigo 8º, ao tratar das fontes subsidiárias do Direito do Trabalho, mune o aplicador do direito para que, diante de lacuna na lei ou no contrato, disponha de outras fontes para apreciar o caso concreto de forma satisfatória.

Em relação ao referido dispositivo, a mudança instituída pela Reforma teve por escopo balizar os limites do processo de integração e interpretação jurídica, bem como evidenciar a supremacia da lei como principal fonte do Direito do Trabalho ratificando a hierarquia que deve ser obedecida na aplicação do direito.

Sob tal ótica, percebe-se que a pequena mudança redacional do § 1º não é substantiva por ser a parte suprimida de óbvia consideração. De fato, indiscutível que deve haver compatibilidade lógica e principiológica entre a fonte de direito e o campo jurídico importador.

Também sob tal perspectiva, verifica-se que tampouco o § 2º constitui grande novidade, na medida em que (i) a viabilidade da jurisprudência restringir direito legalmente adquirido já é naturalmente obstaculizada pelo basilar princípio da legalidade e pela concepção constitucional de direito adquirido; e (ii) a possibilidade do judiciário legislar encontra óbice no elementar princípio de separação de poderes, ressaltando-se a necessária cautela de distinguir a condenável atividade legiferante dos tribunais do exercício hermenêutico necessário à aplicação do direito.

Por fim, igualmente o § 3º deve ser interpretado à luz dos princípios expressos na Constituição e em consonância às linhas orientadoras do Direito de Trabalho, em exemplo, respectivamente, da inafastabilidade da jurisdição e da impossibilidade de condescência de direitos de indisponibilidade absoluta em prejuízo próprio. Do contrário, arrisca-se a consolidação de uma ordem jurídica anômala em que as fontes de direito desaguam em verdadeira ofensa ao sistema jurídico importador.

Em suma, portanto, verifica-se a importância de que os excertos acrescentados pela Reforma Trabalhista sejam apreciados em fiel consideração à lógica sistemática e teleológica própria do Direito do Trabalho. Trata-se de interpretá-los em conformidade aos princípios guias e linhas mestras desta seara específica do direito e, numa perspectiva mais ampla, em coerência ao ordenamento jurídico brasileiro como um todo, encabeçado pela Constituição.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAT; ALAL; ANAMATRA; ANPT; JUTRA; SINAIT. Nota Técnica Conjunta PLC 38/2017. Brasília, DF, 05 de junho de 2017.

BRASIL. Lei nº 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. Brasília, DF, jul. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, set. 1942.

DELGADO, Mauricio. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à lei nº 13.467/2017*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

TRABALHO INTERMITENTE: UMA ANÁLISE PÓS REFORMA TRABALHISTA COM ENFOQUE NA SITUAÇÃO DOS MÉDICOS

Luíza Santos Kifer

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Marina Barros González Cordeiro

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Vitória Costa Damasceno

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a temática do trabalho intermitente, modalidade introduzida no direito brasileiro recentemente, pela Lei nº 13.467/17 (Lei da Reforma Trabalhista), embora já estivesse presente no país há tempos de modo irregular.

Para entender essa nova figura da legislação trabalhista, buscou-se, inicialmente, conceituá-la e entender de que forma ela existe ao redor do mundo, para então adentrar na regulação feita pela Reforma Trabalhista. Por fim, faz-se uma análise da situação em que se encontra um grupo específico de trabalhadores com as mudanças trazidas pela nova lei: os médicos.

2. CONCEITO DE TRABALHO INTERMITENTE E PANORAMA GERAL

O trabalho intermitente consiste em uma modalidade de contrato individual de trabalho na qual a prestação de serviço não é contínua, ou seja, embora haja a subordinação, o empregado se compromete a prestar serviços a um empregador sem garantias de continuidade, de jornada pré-estabelecida ou de remuneração fixa.

O trabalho intermitente é uma realidade comum no Reino Unido, onde é chamado de “*contrato zero-hora*”, e desde a crise financeira, em 2008, verificou-se um elevado crescimento dessa forma de trabalho³⁸. Na reportagem “*Trabalho no Mundo - Conheça*

³⁸ SAHUQUILLO, María R. Trabalhadores ultraflexíveis - Os ‘contratos de zero horas’, sem garantias de salário mínimo, proliferam no Reino Unido. El País, 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/01/internacional/1430504838_853098.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

o contrato zero hora da Inglaterra”³⁹, tem-se estampada a realidade do trabalhador contratado nessa modalidade na Inglaterra:

Não ter uma jornada de trabalho determinada, e ficar, todos os dias da semana, à disposição do empregador, que poderá chamá-lo a qualquer momento para o serviço. O problema é que essa espera pode chegar a dias, e até mesmo, semanas... nesse regime, o trabalhador recebe pelas horas em que exercer as funções, sem direitos sociais e benefícios, como indenizações decorrentes de demissão. Lá, 25% das empresas com mais de 250 trabalhadores utilizam esse tipo de contrato.

Nesse contexto, o contrato zero-hora é definido por Neil Lee, Professor de Economia na *London School of Economics*, como uma outorga de todo o controle ao empregador, enquanto o empregado vivencia uma situação terrivelmente instável e mais vulnerável a abusos.

No Brasil, essa prática já ocorria no setor de serviços, principalmente no setor alimentício, nas grandes redes de *fast food*, por meio da “*jornada de trabalho móvel e variável*”. Vale lembrar que, até então, essa jornada era condenada pelo TST, como evidencia o seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela **invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador**, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, **porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas**. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os

³⁹ MACIEL, Mércia. Trabalho no Mundo - Conheça o contrato zero hora da Inglaterra. Notícias do TST, 2016. Disponível em <http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/22614834>. Acesso em: 22 nov. 2017.

dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (grifos nossos)⁴⁰

Contudo, com a Reforma Trabalhista, o trabalho intermitente ganha maior espaço no cenário brasileiro, conforme será apresentado adiante.

3. AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

O contrato individual de trabalho intermitente é uma nova modalidade de contrato que surgiu com a reforma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e que deve ser feita de forma expressa entre o empregador e o trabalhador. Antes, conforme exposto, o trabalho intermitente não era previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

A CLT⁴¹ dispunha que o contrato com o menor número de horas era o parcial, o qual tinha, no máximo, 25 horas semanais. A Lei nº 13.467⁴², por sua vez, dispõe que o contrato parcial tem um máximo de 30 horas semanais e, sendo o trabalhador contratado pela modalidade de contrato de trabalho intermitente, o empregador pode contratar pelo período de horas que melhor lhe favorecer.

Dessa forma, essa nova modalidade não define carga horária mínima de horas trabalhadas, podendo o trabalhador ser contratado para prestar seus serviços por duas horas semanais ou mesmo mensais. Todavia, o limite máximo de horas trabalhadas garantidas pela Constituição Federal é mantido, de modo que o prestador de serviço contratado na modalidade de trabalho intermitente não pode ultrapassar 44 horas semanais ou 220 horas mensais.

Além disso, a nova lei define, em seu artigo 452-A, que o empregador deverá convocar o trabalhador por qualquer meio de comunicação eficaz para a prestação de

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 9891900-16.2005.5.09.0004. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Recorrida: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda.. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%209891900-16.2005.5.09.0004&base=acordao&numProcInt=149779&anoProcInt=2007&dataPublicacao=25/02/2011%2000:00:00&query=>>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

⁴¹ 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: 30 nov. 2017.

⁴² BRASIL. *Lei nº 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: 30 nov. 2017.

serviços, ou seja, pode ser convocado por meio de *Facebook*, *Messenger*, *Whatsapp*, etc, desde que com três dias de antecedência à data da prestação do serviço⁴³.

Após o recebimento da convocação, o trabalhador terá apenas um dia útil para responder ao chamado, sendo que, se não o responder, o silêncio será entendido como recusa ao serviço solicitado. Essa recusa, como previsto no §4º do referido artigo, não descaracteriza a subordinação. Ademais, enquanto o trabalhador aguarda por uma convocação, não será remunerado, porém fica disponível para realizar outro serviço a outros empregadores.

4. A SITUAÇÃO DOS MÉDICOS

O surgimento do trabalho intermitente não atinge apenas cargos do setor de serviços: o profissional médico também é severamente e rotineiramente atingido e prejudicado com o advento dessa nova modalidade de contrato individual.

O Doutor Geraldo Ferreira, presidente da Confederação Nacional dos Médicos (CNM), afirma que:

(...) isso (o trabalho intermitente) desprotege o trabalhador, fazendo do trabalho uma mera ferramenta, sem os componentes de dignidade e realização pessoal. O trabalhador poderá ser muito explorado nesse item, já que não há qualquer garantia de quantas horas ou dias de trabalho ele será convocado. As horas trabalhadas serão pagas proporcionalmente, aviltando profundamente o trabalhador.⁴⁴

Para melhor compreender o impacto da legalização do trabalho intermitente no caso dos médicos, é preciso explicar a figura do sobreaviso do médico, regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.834/2008⁴⁵. Esse profissional, quando de sobreaviso, está disponível e cumprindo sua jornada de trabalho preestabelecida, de forma não presencial, à instituição de saúde que o contratou. Dessa forma, se requisitado, o médico deverá ter condições de atendimento presencial em tempo hábil.

⁴³ ALENCAR, Zilmara. *A Face Sindical da Reforma Trabalhista: Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Edição nº 4, Ano 3. Brasília: Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, 2017.

⁴⁴ FERREIRA, Geraldo. Entrevista concedida a Marina Barros González Cordeiro. Brasília, 30 nov. 2017.

⁴⁵ BRASIL. Resolução CFM Nº 1.834/2008, de 14 de março de 2008. Estabelece normas a respeito do sobreaviso dos médicos. Órgão emissor: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1834_2008.htm>. Acesso em: 30 nov. 2017.

Esse período em que o médico se encontra no aguardo para ser requisitado a qualquer hora do dia deveria ser remunerado de forma justa⁴⁶, e sem acarretar prejuízo ao recebimento dos honorários devidos ao médico pelos procedimentos praticados, ou seja, durante o período de sobreaviso há vínculo empregatício da instituição de saúde empregadora com o médico empregado.

O presidente da Federação Nacional dos Médicos (FENAM), Doutor Jorge Sale Darze, critica o trabalho intermitente no que diz respeito ao médico, afirmando que essa nova modalidade de contrato fragiliza a relação médico-paciente, uma vez que o médico contratado pelo período de duas horas diárias apenas trabalhará por esse período preestabelecido entre ele e o empregador⁴⁷.

Dessa forma, na maioria das vezes, a jornada de trabalho do médico termina em meio à consulta, e é inviável interrompê-la simplesmente porque o horário de trabalho para o qual foi contratado findou. Dessa forma, muitos pacientes são prejudicados, pois o médico, em geral, não dá a consulta necessária para o paciente, pois o período pelo qual foi contratado acabou.

O Dr. Darze destaca que o Conselho Federal de Medicina (CFM) registrou no ano passado que 80% das queixas recebidas eram referentes à relação médico-paciente, e que caso o médico tivesse mais tempo para atender cada paciente essa porcentagem de queixas com certeza diminuiria.

Evidente, portanto, que a legalização do trabalho intermitente coloca em vulnerabilidade o trabalhador médico, piorando suas condições de trabalho e, ainda, prejudicando os pacientes que precisam de seus cuidados.

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, vê-se que o trabalho intermitente, que mesmo quando considerado ilegal se mostrava um problema difícil de combater, com o advento da Lei nº 13.467/17 corre o risco de se alastrar sem freio pelos diversos setores econômicos brasileiros, e dessa vez com permissão para tal.

Trata-se de verdadeiro retrocesso no âmbito do Direito do Trabalho, que rompe com a sistemática constitucional de proteção ao trabalho humano e viola abertamente,

⁴⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Processo-Consulta CFM nº 137/2003 PC/CFM/Nº 09/2003*. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Rondônia. Relator: Conselheiro Mauro Brandão Carneiro. Brasília, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/9_2003.htm>. Acesso em: 30 nov. 2017.

⁴⁷ SALE DARZE, Jorge. Entrevista concedida a Marina Barros González Cordeiro. Brasília, 29 nov. 2017.

assim, o princípio tuitivo, que deve, ou pelo menos deveria reger as relações de trabalho num contexto de valorização dos direitos sociais.

No caso específico dos médicos, vê-se que a situação é ainda mais alarmante do que parece à primeira vista, pois agora haverá licença para perpetrar tais abusos entre as mais diversas classes de trabalhadores, e mesmo entre as dos mais qualificados, cujo serviço é uma necessidade de toda a sociedade.

Essa realidade não deve, evidentemente, ser silenciada, e acatada irrefletidamente pelo simples fato de que agora é lei. O que urge fazer agora é chamar a atenção para a inadequação da opção legal pela regularização do trabalho intermitente, pois só assim é possível que, eventualmente, essa deixe de ser a realidade brasileira.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Zilmara. *A Face Sindical da Reforma Trabalhista: Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Edição nº 4, Ano 3. Brasília: Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Processo-Consulta CFM nº 137/2003 PC/CFM/Nº 09/2003*. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Rondônia. Relator: Conselheiro Mauro Brandão Carneiro. Brasília, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/9_2003.htm>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 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: 30 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 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: 30 nov. 2017.

BRASIL. Resolução CFM Nº 1.834/2008, de 14 de março de 2008. Estabelece normas a respeito do sobreaviso dos médicos. Órgão emissor: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2008/1834_2008.htm>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista nº 9891900-16.2005.5.09.0004. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Recorrida: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda.. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%209891900-16.2005.5.09.0004&base=acordao&numProcInt=149779&anoProcInt=2007&dataPublicacao=25/02/2011%2000:00:00&query=>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

FERREIRA, Geraldo. Entrevista concedida a Marina Barros González Cordeiro. Brasília, 30 nov. 2017.

MACIEL, Mércia. Trabalho no Mundo - Conheça o contrato zero hora da Inglaterra. Notícias do TST, 2016. Disponível em <http://www.tst.jus.br/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/22614834>. Acesso em: 22 nov. 2017.

SAHUQUILLO, María R. Trabalhadores ultraflexíveis - Os 'contratos de zero horas', sem garantias de salário mínimo, proliferam no Reino Unido. El País, 2015. Disponível em:<https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/01/internacional/1430504838_853098.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SALE DARZE, Jorge. Entrevista concedida a Marina Barros González Cordeiro. Brasília, 29 nov. 2017.

O DIREITO À ISONOMIA SALARIAL DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Agenor Gabriel Chaves Miranda

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Gabriel Barbosa Henrique

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Igor Fiche Seabra de Castro

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Marcelo Alves Vieira

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Rafael de Melo Brandão

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

RESUMO

O artigo 4º-C, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 6.019/74 (com redação dada pela Lei nº 13.467/17), ao conferir ao contratante e à contratada a mera faculdade de estabelecer ao terceirizado um salário equivalente ao pago aos empregados da primeira, suscita a discussão acerca da compatibilidade desta disposição com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da vedação à distinção entre os empregados. Neste sentido, o presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de equiparação salarial entre o trabalhador terceirizado e aquele que possui vínculo direto com a empresa.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Terceirização. Isonomia Salarial.

1. INTRODUÇÃO

A busca pela redução de custos operacionais nas relações empresariais, na esfera administrativa e a recente regulamentação do trabalho terceirizado, feita pela reforma da legislação trabalhista, demanda uma análise específica sobre os direitos postos ao trabalhador e a adequação dos artigos inovadores aos princípios constitucionais.

A possibilidade de terceirizar qualquer atividade da empresa, incluindo sua atividade principal, divergindo do entendimento anterior do Tribunal Superior do Trabalho, reacende a preocupação sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas em

benefício da empresa tomadora, especialmente no que se refere à possibilidade, ou não, de equiparação salarial entre o trabalhador terceirizado e aquele que possui vínculo direto com a empresa, tema central deste artigo.

Destaca-se a existência de discriminação ilegítima entre empregados que exercem a mesma função percebendo salários distintos pelo fato de serem terceirizados diante do argumento de que é adequada a diferenciação entre trabalhadores que possuem vínculos com empresas prestadoras de serviços à tomadora.

O estudo dos dispositivos do novo ordenamento trabalhista, que já passou a vigorar, é matéria necessária para a consolidação de uma doutrina que possua uma abordagem sistemática do conteúdo promulgado, apta a analisar o possível conflito das disposições normativas com os direitos fundamentais pertinentes às relações de trabalho, bem como se adequar a uma hermenêutica constitucional trabalhista que se desenvolva a partir da proteção ao trabalhador.

2. OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE E SUAS REPERCUSSÕES DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Antes, todavia, de passarmos à análise dos tipos específicos que tratam da disparidade possível que o texto legal alenta, é preciso atentar ao chamado princípio de dignidade da pessoa humana. Princípio estreato em nossa Constituição olhando-se de perspectiva a legislação nacional, não apenas como garantia, mas como fundamento republicano, o que imediatamente nos chama a atenção.

Em classificações clássicas os direitos de primeira geração se dividem em duas categorias: direitos do homem e direitos do cidadão⁴⁸, dizendo este último respeito à participação na comunidade política, o que já exclui de imediato a classificação da dignidade nesta esfera, assim como os primeiros se demonstram exaustivos em todas as constituições políticas de viés mais imediatamente iluminista, das mais moderadas às mais radicais⁴⁹, dizendo respeito a direitos que integram, mas não exaurem tão dúbio princípio.

⁴⁸ MARX, Karl. Sobre a questão judaica. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 47.

⁴⁹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789: "Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression."

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1793 (Constituição Francesa de 1793) "Article 1. - Le but de la société est le bonheur commun. - Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles. Article 2. - Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété."

Afinal, a dignidade da pessoa humana deveria consistir exatamente na proteção soberana da honra de cada um, algo que deveria remontar aos chamados direitos de primeira geração, entretanto assim não aparece, e não o sendo, passa-se a exigir necessariamente uma determinada interpretação do mesmo que supere a individualização do princípio.

É preciso, logo, analisar este não somente no tocante à igualdade clássica, mas também a uma proteção mais universal da pessoa, o que necessariamente incorreria em uma proteção individual à dignidade da pessoa humana derivada de uma proteção coletiva e difusa que impeça o tráfico com direitos que ocorre por parcelas com maior poder econômico, ou seja, impedir que as chamadas leis de mercado elevem-se de modo a tornarem-se uma eminência parda que, na ambiguidade legislativa, se firmem superiores a princípios constitucionais, agindo não somente de modo a ferir a dignidade constitucionalizada ao tratar pessoas que fazem o mesmo trabalho no mesmo espaço por salários menores, mas também puxando os maiores para baixo, pelas próprias características nacionais⁵⁰, traficando com as forças de trabalho como simples mercadorias e, aí e por isso, também ferindo a dignidade humana em relação ao seu trabalho.⁵¹

Princípio igualmente fundamental de nossa Carta Magna, a igualdade é também conceito jurídico intrinsecamente ligado ao Direito do Trabalho atual. Com o nascimento do Estado Social de Direito, a noção de igualdade evoluiu de sua concepção meramente formalista para tomar a dimensão muito mais ampla de igualdade material, na qual o Estado figura como agente ativo de busca das garantias de igualdade.⁵² No Direito do Trabalho, que floresce no bojo dos Estados constitucionais de Direito, este princípio faz-

Constituição Americana: “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, ensure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”; Vª Emenda: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

⁵⁰ KALECKI, Michal. *Kalecki: Economia*. São Paulo: Ática, 1980. III, 10.; MARINI, Ruy Mauro. *Subdesenvolvimento e Revolução*. 5ª ed. Florianópolis: Insular, 2014, cap. I.

⁵¹ Para exemplos históricos do tráfico que os poderes econômicos podem exercer sobre a lei e a dignidade do trabalho ver a digressão histórica realizada em: MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Boitempo, 2013, cap. 8. Para a tendência específica do Brasil e países semelhantes a este assédio ver: MARINI, Ruy Mauro. *Ruy Mauro Marini: Vida e Obra*. Editora Expressão Popular, 2005, Dialética da Dependência, cap. 3.

⁵² GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 57.

se presente na forma do princípio de não-discriminação – concepção de igualdade negativa, distinta da isonomia, que também possui aplicação no âmbito trabalhista, mas não na forma de princípio universal⁵³. Ensina Maurício Godinho Delgado: “A proposição mais ampla e imprecisa da isonomia tem sido aplicada somente em certas circunstâncias mais estreitas e não como parâmetro informador universal. O princípio anti-discriminatório, contudo, é onipresente no ramo justralhista especializado.”⁵⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, os mecanismos de proteção decorrentes do princípio da não-discriminação podem ser classificados em dois momentos claramente distintos: o primeiro, no qual firmaram-se as garantias não-discriminatórias mais tradicionais, por meio do previsto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e nas cartas magnas anteriores à de 1988; e o segundo, em que se expandiram as referidas proteções, representadas no próprio corpo da Constituição de 1988.⁵⁵

As proteções clássicas, presentes já no texto original da CLT, dedicavam-se a estabelecer garantias mais generalizadas, aplicáveis a todos os trabalhadores, independentemente de sua situação concreta específica. Não havia, entre eles, norma que estabelecesse mecanismos de proteção ao trabalhador que se encontrasse em situação de particular vulnerabilidade. É nesse sentido que o artigo 5º do referido diploma estabelece que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”, limitando, originalmente, a proibição às discriminações ocasionadas pela diferença de gênero. Essa simplista colocação, todavia, foi posteriormente expandida pela Constituição de 1946, em seu art. 157, II, para abranger a “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.” Tais parâmetros lançados na Constituição de 1946, no entanto, não permaneceram constantes durante todo o percurso até 1988: os fatores etários e de nacionalidade foram suprimidos na Constituição de 1967, diploma que também adicionou o parâmetro de cor, não mais foi retirado dali em diante. Outros, como o parâmetro de igualdade por sexo, não foram levados a sério até sua consolidação posterior à Constituição de 1988, uma vez que a jurisprudência e doutrina da época não o considerava sequer impeditivo para a discriminação salarial das mulheres, segundo Godinho.⁵⁶

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 903-906.

⁵⁴ Idem, p. 905.

⁵⁵ Idem, p. 906-925.

⁵⁶ Idem, p. 909

Com o advento da Constituição de 1988, ampliaram-se as medidas protetivas ao trabalhador brasileiro, tanto pela via do aprofundamento das medidas previstas anteriormente como pela adição de novas, destinadas a tutelar anteriormente desprotegidos. Entre as mais importantes proteções contra a discriminação ampliadas pelo diploma constitucional estão: a proteção à mulher, não apenas no princípio geral de igualdade positivado no artigo 5º, *caput* e inciso I, mas também, pela primeira vez, em previsão expressa no artigo 7º, inciso XX, que determina a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”; a proteção especial à mulher enquanto mãe, concedendo-lhe direito à licença-maternidade e outros mais, que culminam da redação dos artigos 7º, incisos XVIII, e 226; a proteção do menor de 18 anos, regulamentando sua contratação nas formas das três modalidades de aprendizagem, estágio e trabalho educativo; a garantia de isonomia ao estrangeiro e ao deficiente físico, entre outros.

Assim, resta incontestável o papel da igualdade como princípio fundamental do alargamento do Direito do Trabalho contemporâneo, guiando sempre o ordenamento no sentido de proporcionar melhores condições de trabalho ao empregado - espírito que, infelizmente, não se verifica presente no contexto da Lei n. 13.467/2017.⁵⁷

3. A ISONOMIA SALARIAL DO TRABALHADOR TERCEIRIZADO NO CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA

Consoante salientado previamente, os direitos fundamentais permeiam as relações laborais e garantem ao trabalhador o pleno exercício destes primados no ambiente em que exercida a atividade de trabalho⁵⁸. Tal perspectiva advém de uma corrente que interpreta o Direito do Trabalho sob um viés humanista e constitucionalizado, a partir do qual o trabalho é um valor social que permite o desenvolvimento das relações sociais do obreiro e o insere na coletividade.⁵⁹

A tendência atual, contudo, é marcada por uma ampla flexibilização da legislação trabalhista protetiva ao trabalhador, inclusive no que se refere ao exercício de direitos

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei no 13.467/17*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 171.

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 11-40, 2007.

⁵⁹ Idem. No mesmo sentido: MAIOR, Jorge Luiz Souto. “A terceirização sob uma perspectiva humanista”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 70, n. 1, jan/jul 2004; MARX, Karl. *O Capital*. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2013, Cap. 5; ENGELS, Friedrich. *Dialética da Natureza*. São Paulo: Paz e Terra. 1979; LUKÁCS, György. *Para uma Ontologia do Ser Social*, 2. São Paulo: Boitempo. 2013. I. O Trabalho.

fundamentais. Como destacam Delaíde Arantes e Maria Cecília Lemos, as demandas econômicas reprimem e fragilizam o arcabouço hodierno das garantias constitucionais trabalhistas, visando o enfraquecimento do trabalhador na órbita coletiva e individual⁶⁰. Este cenário decorre da expansão do modelo toyotista de produção e do *just in time* responsáveis pela superação dos padrões tradicionais de manufatura⁶¹, que ingressou de maneira ímpar em países de economia dependente.⁶²

Neste panorama social e jurídico, apresenta-se o regime de terceirização em empresas, gerando expressiva complexidade diante das formas do Direito do Trabalho. Dentre elas, a superação da bilateralidade contratual com a criação de um modelo trilateral no qual o obreiro desempenha a atividade na empresa contrata, mas percebe o salário e verbas por meio da empresa prestadora de serviços.⁶³

Nesse ponto, merecem destaque as críticas apresentadas por alguns autores ao processo indiscriminado de terceirização. Jorge Luiz Souto Maior e Rodrigo Carelli evocam a Declaração de Filadélfia, aprovada pela OIT em 1944, na qual assentada a máxima de que “trabalho não é mercadoria”⁶⁴. Ambos afirmam que as empresas prestadoras agem como meras intermediadoras de mão-de-obra, capitalizando apenas com a distribuição de trabalhadores. Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim, ao suscitarem a inconstitucionalidade da terceirização da atividade-fim, apontam a necessidade de observância da função social da empresa no tocante à promoção do emprego protegido nas esferas temporal e espacial.⁶⁵

Desse modo, a figura do trabalhador terceirizado é suscetível a inúmeras discrepâncias na dinâmica laborativa, visto que este recebe uma remuneração menor que os contratados diretamente pela empresa e sofrem maiores dificuldades de integração com

⁶⁰ ARANTES, Delaíde Alves Miranda; LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. “Reforma trabalhista e previdenciária: reflexões sobre os impactos na sociedade brasileira. In: Marilane Oliveira Teixeira et. al (Org.). *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, p. 117-158.

⁶¹ Os modelos toyotista e do *just in time* seguem o ideal das empresas enxutas, com quantidades exatas de obra prima e mercadorias, sem a acumulação de estoques e pessoal excedentes. Ver mais em: VIANA, Márcio Túlio. “As várias faces da terceirização”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009.

⁶² MARINI, Ruy Mauro. *Subdesenvolvimento e Revolução*. 5ª ed. Florianópolis: Insular, 2014, cap. I.

⁶³ DO BONFIM, Brenna Késsia Simplício; GOMES, Ana Virgínia Moreira. “Para além da discussão sobre atividade fim e atividade meio: a igualdade de direitos e a responsabilidade solidária como meios para a proteção do trabalhador terceirizado”. *Scientia Iuris*, v. 20, n. 2, p. 266-296, 2016.

⁶⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. “A terceirização sob uma perspectiva humanista”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 70, n. 1, jan/jul 2004. Igualmente, CARELLI, Rodrigo de Lacerda. “A terceirização no século XXI. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 4, out/dez 2013.

⁶⁵ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 134.

os demais trabalhadores⁶⁶. Nessa toada, a discussão sobre a isonomia salarial demonstra-se essencial, especialmente com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. O referido diploma normativo alterou a Lei nº 6.019 (Lei de Trabalho Temporário) e criou a faculdade das empresas contratante e contratada para estabelecer a equivalência salarial entre os empregados da primeira e os terceirizados (art. 4º-C, § 1º). Não determinou, portanto, a obrigatoriedade da mencionada equiparação.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, ante o ordenamento jurídico nacional e internacional, rechaçam qualquer interpretação do dispositivo mencionado que acarrete discriminação salarial entre os trabalhadores terceirizados e os que possuem vínculo direto com a empresa contratante⁶⁷. Nessa linha, Márcio Túlio Viana ressalta a necessidade de equiparação do salário de ambos os trabalhadores, tendo em vista o exercício de atividade semelhante no mesmo contexto de trabalho. Não subsistiria, por conseguinte, fundamento para a diferenciação entre os empregados, ainda que vinculados a empresas distintas, por força do princípio constitucional da isonomia.⁶⁸

Nesse sentido, é necessário destacar que a Convenção nº 111 da OIT consagra o princípio da não discriminação e introduz diretrizes para cercear qualquer distinção, exclusão ou preferência injustificada entre os funcionários na dinâmica laborativa.⁶⁹ Considerados tais fatores, a existência de vínculo diferenciado entre os trabalhadores não apresenta justificativa razoável para que se estabeleça a distinção, posto que há o exercício de atividade idêntica no mesmo local de trabalho. Viana, ao citar jurisprudência, destaca que até mesmo os trabalhadores temporários possuem a garantia da remuneração equivalente (art. 12, “a”, Lei 6.019), de modo que se deveria incluir os permanentes.⁷⁰

⁶⁶ DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirização e contratantes*. Nota técnica nº 172 - março de 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 30 de novembro de 2017. Sobre a integração do terceirizado na empresa: DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 173 A autora cita Souto Maior ao mencionar a dificuldade de inserção do trabalhador terceirizado na dinâmica integrativa do ambiente laboral.

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/17*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 209.

⁶⁸ VIANA, Márcio Túlio. “A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 4, p. 198-224, out/dez 2012.

⁶⁹ DO BONFIM, Brena Késsia Simplicio; GOMES, Ana Virgínia Moreira. “Para além da discussão sobre atividade fim e atividade meio: a igualdade de direitos e a responsabilidade solidária como meios para a proteção do trabalhador terceirizado”. *Scientia Iuris*, v. 20, n. 2, p. 266-296, 2016.

⁷⁰ VIANA, Márcio Túlio. “As várias faces da terceirização”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009. O autor cita como precedente o acórdão do RO nº 08157/94, 3ª Turma, TRT 3ª Região.

Reginaldo Melhado lembra que a Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XXXII, veda a distinção entre os respectivos profissionais que exercem a atividade laboral em determinado tipo de trabalho - manual, técnico ou intelectual. Melhado chama atenção para a maior facilidade de imposição da isonomia salarial ao modelo de terceirização interna, uma vez que os empregados integram o ambiente da principal contratante. Contudo, não afasta a possibilidade de equiparação no processo de subcontratação externa, mas sublinha a necessidade de comprovação de fraude, exercício irregular de direito ou dano neste caso.⁷¹

No tocante às regras de equiparação exigidas pela CLT (art.461)⁷², Viana, Delgado e Amorim notam a dificuldade de configuração da “identidade funcional”, haja vista que a maioria dos casos de terceirização, a exemplo da limpeza e segurança, ocorre integralmente. Mas realçam a aplicação analógica do artigo 12, “a”, da Lei nº 6.019, o qual adota uma cláusula mais ampla ao determinar a isonomia salarial aos trabalhadores da “mesma categoria”, e da Convenção nº 100 da OIT, diploma que autoriza a equivalência do salário sem a necessidade de identificação funcional, exigindo, tão somente, o trabalho de mesmo valor.⁷³

Alfim, frisa-se a necessidade do que Delgado chama de “controle civilizatório da terceirização”, isto é, a determinação de balizas fundadas no “núcleo cardeal” - nos dizeres da autora - dos princípios pertinentes ao direito do trabalho, visando o controle democrático do processo de terceirização. Dessa forma, o Direito do Trabalho deve guiar - e não ser guiado (pela) - as relações dos empregados terceirizados. É nesse contexto que a isonomia salarial se apresenta como uma das principais estratégias para o caminho civilizatório trabalhista.⁷⁴

⁷¹ MELHADO, Reginaldo. “Globalização, terceirização e princípio de isonomia salarial”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 21, n. 2, p. 97-117, jul/dez 1996.

⁷² Vale ressaltar que Lei 13.467/17 alterou a redação do referido dispositivo. A modificação inicia-se no caput do artigo 461, onde o legislador da nova lei adotou a terminologia “mesmo estabelecimento empresarial” à exigência espacial entre trabalhador reclamante e paradigma, substituindo o texto “mesma localidade”. No que concerne ao tempo, uma fronteira temporal foi adicionada à já existente no dispositivo: a diferença no tempo de serviço ao mesmo empregador não poderá ser superior a quatro anos. Outra mudança diz respeito também ao tempo entre o empregado reclamante e o paradigma: “§5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função”. (DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017, p. 170-174).

⁷³ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. “Terceirização - aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 1, jan/mar 2011.

⁷⁴ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003, p. 176. A autora menciona o que Mauricio Godinho Delgado denomina “controle civilizatório da terceirização”.

4. CONCLUSÃO

A evidente discriminação possibilitada pela recém promulgada normativa trabalhista, além de todas as possibilidades de estratificação no ambiente de trabalho, que advém de tal diferenciação, não encontra fundamento no ordenamento jurídico pátrio; seja no molde constitucional de 1998, seja na matriz internacional do direito do trabalho acolhida pelo sistema jurídico brasileiro.

No contexto dos objetivos de tais diplomas fundamentais da lei, se torna imprescindível observar a correta interpretação científica dos novos ditames normativos, através de métodos objetivos apresentados pela Hermenêutica Jurídica. De modo a reforçar a ampla interpretação dos mesmos, no viés humanístico e de proteção do trabalhador: sujeito vulnerável da relação de emprego.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARANTES, Delaíde Alves Miranda; LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. “Reforma trabalhista e previdenciária: reflexões sobre os impactos na sociedade brasileira. In: Marilane Oliveira Teixeira et. al (Org.). *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, p. 117-158.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. “A terceirização no século XXI. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 4, out/dez 2013.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1.ed. São Paulo: LTr, 2014

_____, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/17*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____, Mauricio Godinho. “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 11-40, 2007.

_____, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 903-906.

DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirização e contratantes*. Nota técnica nº 172 - março de 2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 30 de novembro de 2017.

DO BONFIM, Brena Késsia Simplício; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Para além da discussão sobre atividade fim e atividade meio: a igualdade de direitos e a responsabilidade solidária como meios para a proteção do trabalhador terceirizado. *Scientia Iuris*, v. 20, n. 2, p. 266-296, 2016.

ENGELS, Friedrich. *Dialética da Natureza*. São Paulo. Paz e Terra. 1979

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 57.

KALECKI, Michal. *Kalecki: Economia*. São Paulo: Ática, 1980. III, 10

LUKÁCS, György. *Para uma Ontologia do Ser Social*, 2. São Paulo: Boitempo. 2013. I. O Trabalho.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 70, n. 1, jan/jul 2004.

MARINI, Ruy Mauro. *Ruy Mauro Marini: Vida e Obra*. Editora Expressão Popular, 2005, *Dialética da Dependência*, cap. 3.

_____, Ruy Mauro. *Subdesenvolvimento e Revolução*. 5ª ed. Florianópolis: Insular, 2014, cap. I.

MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____, Karl. *Sobre a questão judaica*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 47.

MELHADO, Reginaldo. Globalização, terceirização e princípio de isonomia salarial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, v. 21, n. 2, p. 97-117, jul/dez 1996.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização - aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 1, jan/mar 2011.

_____, Márcio Túlio. A terceirização revisitada: algumas críticas e sugestões para um novo tratamento da matéria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 4, p. 198-224, out/dez 2012.

_____, Márcio Túlio. As várias faces da terceirização. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 54, p. 141-156, jan./jun. 2009.

A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER QUANTO À SALUBRIDADE EM SEU AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

Daniela Serra de Mello Martins

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Eduardo de Mendonça Ferreira

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Juliana Andrade Morhy

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Karina Ellen do Nascimento Miranda

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Laura Macedo Rodrigues

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a verificação da inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 13.467/2017. Assim, realiza-se uma análise comparativa da redação do artigo 394-A, anterior à Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), e posterior à Reforma (inclusive a Medida Provisória nº 808 de novembro de 2017), de modo a comprovar que as alterações promovidas na legislação são incompatíveis com os direitos fundamentais (direitos sociais e direito à saúde).

Palavras-chave: Lei 13.467/2017. Reforma Trabalhista. Gestantes e lactantes. Ambiente insalubre.

1. INTRODUÇÃO

Em abril de 2017, foi aprovado pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6.787/2016, cujo objeto é a reforma trabalhista. O projeto surgiu em um contexto de crise econômica e, apesar das críticas e de seu significativo impacto social, foi aprovado sem o

devido diálogo com a sociedade.⁷⁵ As justificativas fornecidas (nas razões do PL 6.787/2016) pelos parlamentares, para as alterações promovidas, foram a de valorizar as negociações coletivas e a de reduzir o desemprego.⁷⁶

O presente trabalho busca analisar as modificações advindas da reforma de 2017 no artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho, que versa sobre o regime de trabalho de gestantes e lactantes em ambientes insalubres, definidos pelas Normas Regulamentadoras (NR) editadas pelo Ministério do Trabalho e de observância obrigatória pelas empresas empregadoras.⁷⁷

Assim, a proposta é a de verificar a incompatibilidade das modificações promovidas pelo PL 6.787/2016, no artigo 394-A, com o contexto constitucional no qual o Brasil está inserido.

2. REDAÇÃO DO ART. 394-A ANTERIOR À REFORMA

Em 2016, foi sancionada a Lei 13.287/2016, que proibiu o trabalho de gestantes e lactantes em ambientes insalubres, acrescentando o artigo 394-A à CLT. Segundo sua redação original, “*A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.*”⁷⁸ À época, a inclusão do mencionado dispositivo representou enorme avanço na proteção dos direitos das mulheres gestantes e lactantes, pois o ambiente insalubre pode causar danos a elas e ao feto, ou à criança.

Havia a previsão de um parágrafo único no dispositivo, que assegurava o pagamento integral do salário da gestante ou lactante mais o adicional de insalubridade, pelo período em que ela estivesse afastada do trabalho⁷⁹. Esse parágrafo, no entanto, foi vetado, com a justificativa de que o empregador poderia dispensar a empregada após o fim do período de estabilidade, pois o período de lactação muitas vezes ultrapassa os 5 meses após o parto⁸⁰.

⁷⁵ "O fato é que a Reforma não apresenta pontos positivos, razão pela qual não tem havido debates com o trabalhador, nem tampouco com os profissionais da área para fazer uma análise técnica da Reforma." (Mourão, Natália Lemos, página 100)

⁷⁶ O argumento adotado, em síntese, é o de que a reforma é necessária para “modernizar” a legislação trabalhista brasileira retirando-lhe a “rigidez” impeditiva da geração de empregos e da melhoria dos índices de produtividade e de competitividade. (BIAVASCHI, 2017, p. 196)

⁷⁷ A NR 15 traz em seus anexos as atividades insalubres e os graus de insalubridade de cada uma, sendo eles máximo, médio e mínimo.

⁷⁸ Lei 13.287/2016 (BRASIL, 2016).

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ GARCIA, 2016.

À época, a principal crítica ao dispositivo foi a de que essa proteção geraria desemprego para as mulheres. Entretanto, há dados numéricos que comprovam que, com o aumento dos direitos trabalhistas, o desemprego diminuiu.⁸¹

3. ALTERAÇÕES NO ART. 394-A

3.1. PROJETO DE LEI 6.787/2016

Em evidente violação ao direito à saúde, o PL 6.787/2016 alterou a redação do art. 394-A da CLT de forma a permitir o trabalho de gestantes e lactantes em ambientes insalubres, conforme é possível verificar:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a **empregada deverá ser afastada de:**

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Grifos nossos).

A razão da alteração, de acordo com a justificativa do PL 6.787/2016, seria a de que não haveria risco para gestantes e lactantes que laboram em alguns locais insalubres. Segundo o deputado federal autor da justificativa da modificação do art. 394-A, os hospitais, apesar de serem ambientes ditos insalubres, podem ser frequentados por gestantes e lactantes⁸². Logo, não haveria obstáculo para se permitir que empregadas grávidas ou lactantes laborem em tais locais.

O problema de tal raciocínio é o de que há inúmeras outras atividades consideradas de grau de insalubridade médio pela NR 15, que passaram a poder ser desenvolvidas pelas

⁸¹ “Sabe-se que o crescimento do emprego depende de muitos fatores e, em especial, da política econômica adotada e que é com a dinamização da economia que novos postos serão gerados. Por outro lado, os estudos da OIT, de 2015, mostram que o emprego cresceu mais nos países que ampliaram direitos, não o contrário. [...] Os milhares de empregos formais criados no Brasil, sobretudo entre 2006 e 2013, foram possíveis quando vigentes as regras hoje responsabilizadas pelo desemprego.” (BIAVASCHI, 2017. p. 199)

⁸² “um hospital, entretanto, não é, em sua maior parte, um lugar insalubre para as mulheres grávidas ou lactantes. Se assim fosse, não seria um lugar indicado para realizar exames do pré-natal ou o próprio parto. As restrições anteriores são suficientes para prevenir a esmagadora maioria dos riscos ao feto ou à criança. De fato, nem mesmo as funcionárias, de forma geral, desejam ser afastadas de suas funções assistenciais, que é a sua vocação e profissão - e lhes confere um substancial adicional de insalubridade.” (PL nº 6.787/2016. BRASIL, 2016. p. 584-585)

gestantes e lactantes, como aquelas que induzem contato permanente com pacientes, animais deteriorados ou com material infecto-contagante, em gabinetes de autópsia ou em cemitérios (exumação de corpos); aquelas que utilizam produtos parasiticidas, inseticidas e até raticidas⁸³, dentre outras.

Ressalte-se que em hospitais há atividades que indiscutivelmente aumentam o risco à saúde da mulher no período de gestação ou lactação. Afinal, o meio hospitalar é mais propício à disseminação de doenças do que outros ambientes.

Dessa forma, conclui-se que a nova redação atribuída ao art. 394-A viola manifestamente o art. 196 da Constituição Federal, que impõe ao Estado obrigação de tomar medidas para diminuir o risco de doenças, ao permitir que mulheres grávidas ou lactantes laborem em ambientes insalubres.

3.2. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808 DE NOVEMBRO DE 2017

Em novembro de 2017, foi editada a MP 808/2017, que alterou algumas mudanças já promovidas pelo PL 6.787/2016 na CLT. O intuito da medida provisória é, segundo sua exposição de motivos, aprimorar dispositivos pontuais, que sofreram modificações inadequadas na reforma.

Mais uma vez, o art. 394-A teve sua redação modificada, como se pode atestar:

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação. (NR) (Grifos nossos).

⁸³ Trabalhos e operações em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto-contagante, em: gabinetes de autópsias, de anatomia e histoanatomopatologia (aplica-se somente ao pessoal técnico);- cemitérios (exumação de corpos) (NR 15 - ANEXO 14); Emprego de produtos parasiticidas, inseticidas e raticidas à base de compostos de arsênio; (NR 15 - ANEXO 13)

O que é possível notar ao comparar-se a redação atual do art. 394-A com aquela trazida pelo PL 6.787/2016 é que, pelo texto atual, a gestante somente poderá trabalhar em local insalubre de grau médio ou mínimo, quando **voluntariamente** apresentar **atestado médico que a autorize** a tanto. Porém, na redação anterior, a empregada gestante só seria afastada caso apresentasse **atestado recomendando seu afastamento** temporário.

Assim, a mudança promovida pela MP 808/17 não é suficiente para resguardar a mulher gestante, ou lactante, da exposição a um ambiente de trabalho insalubre, fato que a torna inconstitucional. Afinal, o empregador está em posição vantajosa em relação à empregada em se tratando de negociações individuais. Isso significa dizer que é provável que tais mulheres sofram pressões de seus empregadores para *voluntariamente* apresentarem atestado médico, com o intuito de continuar o trabalho em locais inapropriados, por medo do desemprego.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS COM A ALTERAÇÃO NORMATIVA

Decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana e de lutas sociais diversas, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, que abrangem os direitos sociais e da saúde, os mais relevantes para a proteção das empregadas gestantes e lactantes em ambientes de trabalho insalubres.

No tocante aos direitos sociais, conforme redação do inciso XXII, artigo 7º, CF/88, é direito dos/as trabalhadores/as a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”, sendo essas as NRs do MTE. A alteração violou esse direito ao permitir que gestantes e lactantes laborem acima dos limites permitidos ou sem os equipamentos de proteção adequados, o que configura a insalubridade.

Ainda no âmbito dos direitos sociais, as modificações promovem violação ao disposto no artigo 7º, inciso XX da CF/88, na medida em que fragilizam a proteção conferida à integridade física da trabalhadora frente às pressões do mercado de trabalho. Pontuam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado no sentido de que a mitigação dos direitos trabalhistas da mulher, cuja especificidade é fundada em suas peculiaridades biológicas e/ou sociológicas, é contrária ao espírito constitucional de promoção de uma sociedade livre, justa e solidária⁸⁴.

⁸⁴“As vantagens jurídicas adicionais atribuídas à mulher, pelo Direito - inclusive o Direito do Trabalho - são, conforme visto, sufragadas pela Constituição da República. Esta se voltou, como se sabe, para a

Os referidos autores apontam ainda para a lacuna normativa originada pela expressão referente ao “atestado de saúde” (...) “emitido por médico de sua confiança” cujo teor foi introduzido pelo PL 6.787/2016 e mantido pela MP 808/2017, ressaltando-se a *voluntariedade* da trabalhadora nesse processo. Além do supracitado receio quanto à real observância dessa voluntariedade, ante a disparidade de forças característica das relações trabalhistas, o novo texto afasta qualquer normatização relativa ao modo de prestação do serviço médico ou à ordem de preferência entre médicos, serviços e atestados, suplantando inclusive ordens já existentes⁸⁵, a exemplo da contida na Súmula 282 do TST⁸⁶.

Em se tratando do direito fundamental à saúde, previsto nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, tem-se que “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”⁸⁷, de modo que o direito à saúde deve ser garantido a todos e todas, inclusive no ambiente de trabalho⁸⁸. A violação a tal direito da mulher foi explicitada no tópico anterior (3.1 Projeto de Lei 6.787/2016).

Para Maria Helena Diniz⁸⁹, as normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, por serem cláusulas pétreas, têm aplicabilidade imediata e eficácia absoluta (mais que plena), sendo também intangíveis, ou seja, não são passíveis de modificação sequer por Emenda Constitucional.

Assim, os direitos sociais e o direito à saúde devem ser protegidos e respeitados, não podendo ser diminuídos por quaisquer alterações legais. No ambiente de trabalho, as empregadas gestantes e lactantes devem ter seus direitos resguardados, e não reduzidos, conforme ocorreu, em manifesta violação à Carta Magna.

eliminação da discriminação milenar arquitetada contra as mulheres na sociedade histórica, não só mediante a proibição de tratamento diferenciado com relação aos homens, *como também pela agregação de vantagens específicas, fundadas em peculiaridades consideradas relevantes no que tange as razões biológicas e/ou sociológicas da mulher*. A retirada de direitos das mulheres, portanto, é conduta legislativa contrária ao espírito constitucional de 1988, uma incompreensão a respeito da sociedade livre, justa e solidária que a Constituição da República quer ver instaurada no País.” (DELGADO; DELGADO, 2017. p. 148-149)

⁸⁵“Registre-se que a expressão legal referente a “atestado de saúde” (...) “emitido por médico de confiança da mulher” suplanta qualquer ordem de preferência entre médicos, serviços médicos e atestados médicos - como, por exemplo, a ordem de preferência mencionada na Súmula 282 do TST. Trata-se, simplesmente, do médico de escolha da mulher gestante ou lactante - este o sentido do texto expresso no novo preceito legal.” (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 150)

⁸⁶*Súmula nº 282 do TST - ABONO DE FALTAS. SERVIÇO MÉDICO DA EMPRESA* (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Ao serviço médico da empresa ou ao mantido por esta última mediante convênio compete abonar os primeiros 15 (quinze) dias de ausência ao trabalho. BRASIL, 2003.

⁸⁷ Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 196).

⁸⁸ Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 200, VIII).

⁸⁹ DINIZ, 2009.

5. CONCLUSÃO

A Lei 13.467/17 alterou profundamente o sistema de regulação social do trabalho e de proteção ao trabalhador, trazendo grandes prejuízos a este grupo. O desmonte de direitos promovido pela reforma trabalhista foi a forma utilizada para criar condições que favorecem apenas os empregadores, submetendo a classe trabalhadora às inseguranças do mercado e à precarização do trabalho.

O capitalismo contemporâneo, marcado pela supremacia dos interesses das finanças, vem causando impactos regressivos nos direitos sociais e nas instituições públicas. O desmantelamento das políticas sociais e a restrição de direitos objetiva a redução do papel do Estado como implementador de políticas públicas e garantidor dos direitos básicos da população. Dessa forma, há cada vez mais espaço para a iniciativa privada atuar na sociedade sem a devida regulamentação, agindo conforme interesse dos grandes empresários.

A reforma trabalhista representa um grande retrocesso social e afronta direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. A nova redação dada ao art. 394-A pela Lei 13.476/17 é, dentre muitos, um exemplo da mitigação dos direitos dos trabalhadores e da priorização dos interesses do empregador.

Não é possível assegurar que os atestados médicos serão de fato garantia de segurança à saúde da mãe e da criança, já que o médico pode não ter o conhecimento específico necessário acerca da segurança no trabalho.

Não é aceitável colocar em risco a saúde das mães e bebês para reduzir o ônus empresarial. As conveniências empresariais jamais deveriam se sobrepor a direitos básicos. Esta mudança foi apresentada como uma medida protetiva à mulher, mas na realidade é mais uma das alterações que prejudicam o trabalhador, desconsiderando direitos fundamentais em face dos interesses dos empregadores.

Em suma, o que se percebe é que a redação do art. 394-A anterior à reforma trabalhista⁹⁰ é a única, dentre as analisadas, que de fato garante o direito à saúde, em conformidade com as exigências da Carta Constitucional, vez que impunha às mulheres gestantes e lactantes o exercício de suas funções apenas em locais salubres.

⁹⁰ Lei 13.287/2016. BRASIL, 2016.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIAVASCHI, Magda Barros. *A reforma trabalhista no Brasil de Rosa: Propostas que não criam empregos e reduzem direitos*. Revista Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo. vol. 83. nº 2. abr/jun 2017. p. 195-203.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 29/11/2017.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>, acesso em 29/11/2017.

BRASIL. *Lei 13.287, de 11 de maio de 2016*. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm>, acesso em 29/11/2017.

BRASIL. *Medida Provisória nº 808, 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://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7274511&disposition=inline>>, acesso em 28/11/2017.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *NR 15 - Atividades e operações insalubres*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 1978. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/seguranca-e-saude-no-trabalho/normatizacao/normas-regulamentadoras/norma-regulamentadora-n-15-atividades-e-operacoes-insalubres>>, acesso em 29/11/2017.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.787 de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1B0A4F2AFCBDF82819E4E66B49510DB1.proposicoesWebExterno1?codteor=1523451&filenome=Avulso+-PL+6787/2016> acesso em 28/11/2017.

BRASIL. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-282>, acesso em 30/11/2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p 147-151.

DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Trabalho insalubre e afastamento provisório da empregada gestante ou lactante: Lei 13.287/2016*. São Paulo, 2016. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/05/16/trabalho-insalubre-e-afastamento-provisorio-da-empregada-gestante-ou-lactante-lei-13-2872016/>>, acesso em 29/11/2017.

MOURÃO, Natália Lemos. *O excesso da tutela estatal e a proteção do trabalho da mulher gestante*. Revista de Direito do Trabalho. vol. 181. ano 43. p. 99-116. São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro 2017.

HORAS IN ITINERE: OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA PARA AS CATEGORIAS DE TRABALHADORES RURAIS E MINERADORES

Camila Crivilin de Almeida

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Fernanda Martins Torres

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Iran Medeiros

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Nathália Silva

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Nathália Oliveira Ananias

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

RESUMO

O artigo tem como problema de estudo a tensão entre a Reforma Trabalhista, perpetrada pela Lei 13.467/2017, e os direitos individuais dos trabalhadores antes assegurados pela Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT. Pretende-se analisar as mudanças ocorridas em relação ao direito às horas *in itinere*, com foco em apresentar os impactos das alterações para duas categorias de trabalhadores: rurais e mineradores.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. CLT. Direitos Individuais. Horas *in itinere*. Trabalhadores Rurais. Mineradores.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa compreender, em um panorama geral, como se consolidou o instituto das horas *in itinere* no campo justralhista, cuja regulamentação representou um marco histórico na edificação de uma consistente política de saúde na esfera do trabalho.

As horas *in itinere* foram devidamente regulamentadas com as alterações promovidas pela Lei 10.423/2001 no artigo 58 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que estabeleceram, no âmbito legal, o entendimento já manifestado pela forte

atuação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST), com o entendimento de que as horas itinerantes integravam o tempo de serviço efetivo do obreiro.

Contudo, a lei 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista e vigente desde novembro de 2017, modificou, sobremaneira, esse cenário normativo, ao alterar o dispositivo presente no §2º do artigo 58, e ao revogar o §3º do mesmo dispositivo, ambos contidos na antiga CLT.

Nessa esteira, este trabalho visa aclarar os impactos das alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 no instituto das horas itinerantes e quais os atuais desafios trazidos por essa nova conjuntura, não só à legislação e à jurisprudência trabalhista, mas, principalmente, à realidade dos trabalhadores rurais e mineradores.

2. O INSTITUTO DAS HORAS *IN ITINERE* NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS (CLT) ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

A institucionalização do Direito do Trabalho teve na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1º de maio de 1943, *seu principal marco legislativo*⁹¹.

Desde a aprovação do Decreto-Lei 5.452, o qual instituiu a CLT, foram feitas inúmeras modificações ao texto original, com o intuito de adequá-lo às mudanças ocorridas nas relações de trabalho no Brasil e, principalmente, aos princípios constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988.

A promulgação da Constituição Federal, em 1988, contribuiu decisivamente para o período de consolidação democrática constitucional da CLT, momento em que o Direito do Trabalho assume *dimensão de maior maturidade legislativa*⁹².

O art. 58, da CLT⁹³, dispõe sobre a duração da jornada de trabalho, sendo esta o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, portanto, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula.⁹⁴

⁹¹ Sobre esse tema, consultar o artigo: DELGADO, Gabriela Neves. *A CLT aos 70 Anos*. p. 15-17.

⁹² Sobre esse tema, consultar o artigo: DELGADO, Gabriela Neves. *A CLT aos 70 Anos*. p. 15-17.

⁹³ Art. 58 da CLT: A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

⁹⁴ Sobre o tema da jornada de trabalho: DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016, p. 953.

No §2º do referido artigo⁹⁵, o qual foi modificado pela Lei 10.423/2001, foi previsto que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não seria computado na jornada de trabalho, salvo quando, **tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.**

A Reforma Trabalhista de 2017, aprovada no Governo do Presidente Michel Temer, modificou, sobremaneira, esse cenário normativo apresentando novos desafios ao Direito do Trabalho, à jurisprudência, e, principalmente, aos trabalhadores.

3. MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.647/2017) NO ART. 58 DA CLT

A reforma trabalhista alterou o dispositivo presente no § 2º do artigo 58 e revogou o § 3º da antiga CLT. Nesse cotejo, verifica-se uma alteração profunda na disposição do artigo 58 que versa sobre as horas *in itinere*, sob uma nova literalidade, a seguir exposta:

Art. 58. (...)

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

§ 3º (Revogado).” (NR)

Diante da nova dinâmica posta no ordenamento jurídico face a reforma torna-se imperioso analisá-la e contextualizá-la sob a luz dos impactos que podem ocasionar (i) na interpretação gramatical e literalista e (ii) na virada hermenêutica do princípio da alteridade.

A nova roupagem do art. 58, §2º representa uma nítida perda para o trabalhador e seu exame superficial traz o entendimento de que a jornada de trabalho se inicia para o trabalhador somente com a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do ambiente da atividade laboriosa. Contudo, deve-se analisar e interpretar com cuidado o novo dispositivo.

⁹⁵Art. 58, § 2º, da CLT: O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Para Delgado⁹⁶, a supressão das horas *in itinere* não afetou o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e a duração do trabalho. Argumenta a pesquisadora que o início da contagem da jornada de trabalho não deve se iniciar somente com a definitiva ocupação do *locus* de trabalho no ambiente do labor. Quando o empregado ingressa no espaço de exploração da atividade econômica, este já se coloca sob o crivo do poder empregatício, fato que configura os conceitos de jornada de trabalho e duração de trabalho. Logo, a entrada e saída do empregado dentro dos limites do ambiente do estabelecimento do seu empregador definem o início e o término da sua jornada de trabalho.

Por outro lado, o legislador ao retirar o direito dos trabalhadores às horas itinerantes alterou a concepção do princípio da alteridade, o qual cabe ao empregador assumir os riscos de sua atividade, não podendo o empregado arcar com o ônus da atividade econômica. A exclusão das horas *in itinere* como concebida na reforma trabalhista desvirtua a caracterização das relações de emprego ao inserir no vínculo de subordinação entre empregador e empregado os riscos da atividade empreendedora.

Diante dos argumentos levantados, é importante aos operadores do direito verificar e entender o quanto a reforma modifica a CLT em seu bojo, especialmente em relação às horas *in itinere*, para não incorrer em uma interpretação literalista e gramatical da modificação. Assim, deve-se buscar, como apontado por Delgado, uma análise que preze por métodos lógico-racional, teleológico e sistemático para se evitar absurdos. Além do que, o risco da atividade empreendedora não pode ficar a cargo de quem fornece sua força de trabalho como mercadoria e, sim, daquele que a explora.

4. IMPACTOS PARA OS TRABALHADORES RURAIS E MINERADORES

A revogação do direito às horas *in itinere* representa uma perda especialmente relevante para dois tipos de trabalhadores: rurais e mineradores. São esses dois grupos que mais se beneficiavam deste instituto, tendo em vista que o acesso e o transporte aos locais em que esses trabalhadores desenvolvem suas atividades esbarram em maiores

⁹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 122.

dificuldades. A seguir, abordaremos os impactos da reforma trabalhista no que tange às horas *in itinere* para estes dois grupos.

a) Impactos para os trabalhadores rurais

São considerados empregados rurais aqueles que possuem vínculo de emprego com empregadores rurais, sendo estes “(...) a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.”⁹⁷

Diversas pesquisas apontam os problemas pertinentes ao trabalho rural. Além do tempo de deslocamento ao local de trabalho, a exposição constante a agrotóxicos sem o devido equipamento de proteção, o esforço físico demandado pelas tarefas realizadas e o grande número de trabalhadores em situação de trabalho escravo⁹⁸, reforçam a necessidade da criação de políticas que garantam igualdade aos trabalhadores rurais frente aos urbanos.

Porém, com a promulgação da Lei 13.467/2017 o que se verificou foi a perda de direitos dessa classe trabalhadora, principalmente no que se refere às horas *in itinere*. A dispensabilidade de se computar as horas de deslocamento na jornada de trabalho legitima uma prática recorrentemente adotada pelos empregadores, mas até o presente momento afastada pela jurisprudência.

Ao analisarmos julgados do TST referentes à temática é possível encontrar diversos casos onde os empregadores utilizavam subterfúgios para não terem que pagar as horas de deslocamento. Dentre os argumentos utilizados podemos citar dois que se destacaram: (i) a prevalência de acordo coletivo de trabalho e (ii) o fato de o local ser servido por transporte público.

Em relação ao acordo coletivo entendeu o Tribunal que ele encontra limitações na lei e que, portanto, não poderia suprimir direito garantido por norma imperativa. Sendo assim, entendeu ser “(...) possível a limitação do número de horas de percurso por meio de norma coletiva, desde que não acarrete a sua supressão total e seja estipulado em um

⁹⁷ Brasil. Lei n. 5.889 de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural e dá outras providências. Brasília, DF, 1973, jun. Artigos 2º e 3º.

⁹⁸ Instituto de Pesquisa Aplicada e Econômica (IPEA). Políticas Sociais: acompanhamento e análise. 2008. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4139/1/15_completo15.pdf>. Acesso em 01/12/2017.

patamar razoável.”⁹⁹ No que concerne ao fato de haver transporte público sua configuração pura e simplesmente não afastava a necessidade do pagamento das horas *in itinere*, só podendo ser considerado se ele fosse apropriado para a sua locomoção segura com suas ferramentas de trabalho.¹⁰⁰

A compreensão de que as horas *in itinere* não se configuram como horas à disposição do empregador aliada à Portaria do dia 16/10/2017 do Ministério do Trabalho¹⁰¹ que flexibiliza a caracterização do trabalho como análogo ao escravo, precarizam ainda mais as condições a que estão submetidos os empregados rurais. Cria-se uma lei que contraria entendimento firmado até então pela jurisprudência e que possibilita maior exploração de uma classe já vulnerável.

b) Impactos para os mineradores

O ajuizamento de ações por mineradores requerendo o pagamento de horas *in itinere* é muito frequente. É comum que esses trabalhadores percorram vários quilômetros por dia para chegarem aos seus locais de trabalho, que, em regra, são de difícil acesso e não contam com fornecimento de transporte público. As grandes empresas de mineração, no entanto, tendem a não computar o tempo de deslocamento na jornada de trabalho com base em acordos coletivos¹⁰². Com as transformações perpetradas pela reforma trabalhista, essas empresas encontram amparo normativo para tornar a vida desses empregados ainda mais difícil.

O trabalho em minas já é por si só bastante extenuante. O direito ao cômputo das horas de deslocamento na jornada de trabalho consistia em um importante direito para o

⁹⁹ TST - RR: 1948920105090093, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 14/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015

¹⁰⁰ TST - RR - 47500-42.2005.5.09.0671, Relator: Ministra Maria de Assis Calsing, Data de julgamento: 18/02/2010, 6ª Turma. DEJT 26/02/2010

¹⁰¹ Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, criando empecilhos ao seu enquadramento e dificultando a punição de situações degradantes. BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n 1.129, de 13 de outubro de 2017. Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 2-C da Lei nº 7998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da PI MTPS/MMIRDH nº 4, de 11 de maio de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, n. 198, p. 82, 16 de outubro de 2017.

¹⁰² TST - ARR: 1670320145090567, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan, Julgamento: 25/05/2016, 3ª Turma, DEJT 3/6/2016

trabalhador, que podia ter seu tempo de efetivo trabalho nas minas diminuído sem que isso importasse diminuição de salário.

Antes da alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017, as grandes mineradoras já encontravam formas de burlar esse direito, fosse com base em acordos coletivos, fosse com base no argumento de que o tempo gasto no trajeto não podia ser considerado tempo à disposição do empregador, já que os empregados não estavam sujeitos à execução de serviço nem ao recebimento de ordens.

A jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas vinha afastando o entendimento das mineradoras, de modo a reconhecer que o pagamento das horas *in itinere* seria um direito indisponível e, portanto, não poderia ser suprimido por negociação coletiva¹⁰³.

A reforma trabalhista, ao excluir o direito ao cômputo das horas de deslocamento como jornada de trabalho, representa um enorme retrocesso para o trabalhador da mineração, porque se antes as empresas precisavam buscar subterfúgios para justificar o não pagamento das horas *in itinere*, agora elas encontram justificativa legal para tanto, o que obriga os empregados a passarem mais tempo trabalhando, mesmo que durante o percurso fornecido pelo empregador eles já estejam à sua disposição.

5. CONCLUSÃO

À guisa do exposto, o que se conclui é que a lei 13.467/2017, conhecida popularmente como Reforma Trabalhista, trouxe visíveis prejuízos à esfera justralhista com a supressão do instituto das horas *in itinere*, anteriormente prevista no artigo 58 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

O atual contexto oferece sérios desafios aos magistrados e intérpretes do Direito do Trabalho que deverão analisar a nova legislação e a nova conjuntura que se impõe com um forte embasamento em métodos lógico-racional, teleológico e sistemático, em total alinhamento ao princípio tuitivo basilar da esfera trabalhista que oferece, no plano jurídico, uma teia de proteção ao obreiro que se vê inserido em uma relação totalmente assimétrica no plano fático.

Assim, ressalta-se que a contagem da jornada de trabalho não deve se iniciar somente com a definitiva ocupação do *locus* de trabalho no ambiente do labor, mas sim

¹⁰³ TST - RR: 692-76.2011.5.05.0251, Rel. Ministro João Batista Brito Pereira, Julgamento: 25/02/2014, 5ª Turma, DEJT 07/03/2014

com a entrada e saída do empregado dentro dos limites do estabelecimento do seu empregador, principalmente no que concerne aos trabalhadores rurais e mineradores, classes extremamente afetadas pela reforma.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n 1.129, de 13 de outubro de 2017. Dispõe sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 2-C da Lei nº 7998, de 11 de janeiro de 1990; bem como altera dispositivos da PI MTPS/MMIRDH nº 4, de 11 de maio de 2016. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, n. 198, p. 82, 16 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://sintse.tse.jus.br/documentos/2017/Out/16/portaria-no-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-dispoe-sobre-os-conceitos-de-trabalho-forcado-jornada-exaustiva-e-condicoes-analogas-a-de-escravo-para-fins-de-concessao-de-seguro-desemprego-ao-trabalhador-que-vier-a-ser-resgatado-em-fiscalizacao-do-ministerio-do-trabalho-nos-termos-do-artigo-2-c-da-lei-n-7998-de-11-de-janeiro-de-1990-bem-como-altera-dispositivos-da-pi-mtps-mmirdh-no-4-de-11-de-maio-de-2016>> Acesso em 29/11/2017

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 90. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90>. Acesso: 29/11/2017.

BRASIL. Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973. Estatui normas reguladoras do trabalho rural e dá outras providências. Brasília, DF, 1973, jun. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/622697.pdf>> Acesso em: 30/11/2017.

BRASIL. Lei nº 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. Publicada no DOU em 14/07/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 29/11/2017.

DELGADO, Gabriela Neves. *A CLT aos 70 Anos: rumo a um Direito do Trabalho constitucionalizado*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 2, p. 268-294, abr/jun 2013.

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, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15ª edição, São Paulo: LTr, 2016

TST - RR - 47500-42.2005.5.09.0671, Relator: Ministra Maria de Assis Calsing, Data de julgamento: 18/02/2010, 6ª Turma. DEJT 26/02/2010

TST - RR: 692-76.2011.5.05.0251, Rel. Ministro João Batista Brito Pereira, Julgamento: 25/02/2014, 5ª Turma, DEJT 07/03/2014.

TST - RR: 1948920105090093, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 14/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015

TST - ARR: 1670320145090567, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan, Julgamento: 25/05/2016, 3ª Turma, DEJT 3/6/2016.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE BANCO DE HORAS POR ACORDO INDIVIDUAL

Lly Chaves de Moraes Tolêdo

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

RESUMO

Este artigo tem a pretensão de abordar, de maneira crítica, a inovação trazida pela Lei nº 13.467/2017 no tocante ao regime de banco de horas, visto que a inovação implementada contraria a Constituição Federal - CF e o entendimento jurisprudencial consagrado pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST na Súmula 85, V. De forma que o novo instituto é inconstitucional e, conseqüentemente, incompatível com o nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Jornada de Trabalho. Regime de Banco de Horas. Inconstitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A Lei da Reforma Trabalhista, antes mesmo da sua promulgação, vinha causando inquietação aos trabalhadores, juristas e demais profissionais da área trabalhista. Isso se justifica em razão das inovações prejudiciais ao trabalhador trazidas pela Lei. Ousamos afirmar que a Lei possui, em função disso, um caráter bastante “patronalista”.

Pretendemos aqui abordar a modificação sofrida por um dos regimes de flexibilização da jornada de trabalho - o regime de banco de horas, visto que tal alteração é incompatível com a determinação imposta pelo art. 7º, inciso XIII, da CF e com o entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula 85, V, do TST.

Inobstante isso, a alteração é prejudicial ao trabalhador, visto que acarreta uma condição de trabalho lesiva e abre espaço para a prática de fraudes contratuais – cumprimento de horas extras, ocultado por um contrato de compensação de jornada de trabalho.

Não se pode esquecer, ainda, que o legislador retirou a obrigação desse tipo de contrato ser acordado por instrumento coletivo, o que assegurava ao trabalhador a garantia de não ser submetido a uma condição de trabalho maléfica.

Portanto, sendo uma alteração inconstitucional e prejudicial ao trabalhador, não merece ser mantida em nosso ordenamento jurídico.

2. JORNADA DE TRABALHO E BANCO DE HORAS

A Constituição Federal, mediante o art. 7º, inciso XIII¹⁰⁴, estabelece que a duração normal da jornada de trabalho deve ser de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

Esse parâmetro é reflexo de estudos e pesquisas sobre saúde e segurança no trabalho¹⁰⁵. Em outras palavras, a exposição do indivíduo a determinada atividade por oito horas diárias é suficiente para que ele cumpra sua função econômica dentro da sociedade, sem colocar sua saúde em risco, e, além disso, disponha de tempo para cumprir seu papel como cidadão e como membro de sua família.

O legislador prevê, no mesmo artigo, a possibilidade de compensação da jornada de trabalho ou de sua redução, desde que tal acerto seja realizado mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Essa exigência foi ponderada em razão da natureza assimétrica da relação trabalhista, em que o trabalhador é a parte frágil e, de tal forma, queda-se vulnerável a firmação de acordos prejudiciais para si.

No Direito pátrio, o regime de compensação de jornada se apresenta em duas modalidades: o regime de compensação clássico e o banco de horas¹⁰⁶.

Preambularmente, importante trazer uma breve exposição sobre o regime de compensação clássico, visto que a Lei da Reforma Trabalhista operou uma importante mudança nesse regime.

A compensação de jornada clássica é efetuada no interstício de um mês. Nesse regime, é facultado ao empregado agregar até o máximo de duas horas¹⁰⁷ suplementares na sua jornada de trabalho normal de oito horas diárias, com a posterior redução da jornada em outro dia, a fim de compensar as horas suplantadas.

¹⁰⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

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; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 783.

¹⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

¹⁰⁷ Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Saliente-se que esse regime de compensação de jornada foi muito bem aceito pelo sistema jurídico pátrio e consolidado na Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho, tendo determinado que a compensação pode ser firmada mediante acordo individual escrito ou através de acordo ou convenção coletivo trabalhista¹⁰⁸.

No entanto, o advento da Lei da Reforma Trabalhista, em contraposição ao entendimento pacificado pelos juristas da seara trabalhista, autorizou, no novo art. 59, § 6º, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, que tal regime possa, a partir de então, ser firmado mediante acordo tácito.

A modificação implementada irrompe deveras insegurança jurídica, dado que o acordo tácito é um instrumento jurídico frágil, devido à dificuldade em prová-lo cabalmente e, conseqüentemente, é suscetível de ser usado com a finalidade de facilitar fraudes no tocante à realização de horas extras pelo empregado. Explicando de outro modo, o empregado é a parte fraca da relação, portanto, a firmação de um acordo “de boca” deixa ele propenso a realizar horas extras encampadas, de forma fraudulenta, em um acordo de compensação de jornada.

Noutro giro, tem-se o regime de banco de horas que era definido pelo § 2º do art. 59 da CLT que dispunha:

Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

A súmula 85, por sua vez, traz em seu item V¹⁰⁹, em conformidade com a determinação constitucional, que o regime de banco de horas tão somente pode ser acordado mediante instrumento coletivo. O que reflete a importância dessa determinação, visto que beneficia o trabalhador.

Sobre isso, ressalte-se que a exigência feita pela Constituição e mantida pela jurisprudência harmoniza-se com os valores principiológicos trabalhistas que objetivam proteger o trabalhador e garantir-lhe condições de trabalho benéficas. Os instrumentos de contrato coletivo são realizados sobre uma relação simétrica, em que as partes têm

¹⁰⁸ **Súmula nº 85 do TST**

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

¹⁰⁹ V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

igualdade de forças, assim, não há espaço para o estabelecimento de condições de trabalho desfavoráveis ao empregado.

3. A REFORMA TRABALHISTA E A INSTITUIÇÃO DE BANCO DE HORAS POR ACORDO INDIVIDUAL

A Lei nº 13.467/2017 autorizou, através da inserção do § 5º ao art. 59 da CLT¹¹⁰, que o regime de banco de horas, desde que estruturado sobre um interstício de seis meses, seja pactuado mediante acordo individual.

A previsão se choca brutalmente com a Constituição. Esta, desde a sua promulgação em 1988, ao possibilitar a compensação de jornada ou sua redução, determinou, conforme já mencionado, que tal acerto, tão somente, poderá ser realizado mediante acordo ou convenção coletiva trabalhista (art. 7º, XIII). Portanto, não há que se olvidar da inconstitucionalidade da inovação implementada pela Lei da Reforma Trabalhista.

Inobstante isso, a autorização do mencionado § 5º tromba com o entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula 85, item V, do TST.

A possibilidade de acordar esse regime mediante acordo individual pode trazer grande prejuízo para o trabalhador, visto que o empregador poderá se aproveitar desse instituto para exigir que seu empregado preste horas extras, com o argumento de que tais horas serão compensadas em algum dia dentro de um interstício de seis meses e, dessa forma, não terá a responsabilidade de pagar pelas horas a mais trabalhadas.

A modificação colocou o empregado em uma posição de vulnerabilidade. Ele, em razão de sua necessidade financeira pelo trabalho, poderá aceitar se submeter a uma jornada exaustiva.

Portanto, a renovação trazida pelo legislador, para além da inconstitucionalidade, não pode ser mantido, dado que pode trazer muitos malefícios ao trabalhador. Sua manutenção, repita-se, representa um retrocesso no tocante a direitos trabalhistas tão duramente conquistados ao longo de incontáveis anos.

¹¹⁰Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência) (...)

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal, ao consagrar os direitos trabalhistas nos artigos 7º a 11, abriu espaço, no caput do art. 7º¹¹¹, para que o legislador criasse outros direitos, desde que visassem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores urbanos e rurais.

Todavia, o que se observa na inovação pretendida pela Lei da Reforma é um desrespeito com o trabalhador e com o ser humano, que no decorrer de sua história lutou por melhores condições de trabalho. É inconstitucional e deveras prejudicial ao trabalhador.

Evidencie-se, por fim, que diante do movimento de abuso ao constitucionalismo, também chamado de autoritarismo velado, que vem acontecendo em muitos países que adotam a democracia, a Lei da Reforma, em função de muitas de suas inovações, ousamos afirmar, revela-se um instrumento de abuso à CF.

Assim, por todas as razões aqui explanadas, não deve ser mantida em nosso ordenamento.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

¹¹¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

AS CONTROVÉRSIAS DO TRABALHO INTERMITENTE

Caio Victor Paixão dos Santos

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Marcus Vinícius Pinheiro de Faria

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Rubens Cantanhede Mota Neto

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

O modelo de contrato intermitente foi trazido ao Brasil com os argumentos de que se tratava de uma nova modalidade de contrato já presente na Europa e Estados Unidos, inclusive na América Latina¹¹², e que se trataria de uma modernização das relações de trabalho. Os argumentos que os legisladores movimentaram é que o modelo de trabalho intermitente iria desonerar o empregador que se vê obrigado a manter um número maior de funcionários apenas para dar conta dos horários de pico, sendo que nos demais momentos esse alto contingente não se via necessário ao mesmo tempo em que beneficiaria o trabalhador que conseguiria uma maior flexibilidade de horário, podendo usar o tempo livre, inclusive para realizar outras atividades econômicas.¹¹³

A jornada intermitente é um regime de trabalho na qual o trabalhador é remunerado pelas horas efetivamente trabalhadas, não havendo ajuste prévio de horas mínimas que devem ser cumpridas em cada mês e do valor mensal mínimo a ser percebido¹¹⁴, o que permite que ao fim do mês o empregado, apesar de ficar à disposição da empresa, receba um valor ínfimo correspondente as horas em que recebeu trabalho.¹¹⁵

A inovação diz respeito principalmente ao tempo de duração do contrato e a jornada de trabalho prestada pelo trabalhador. Antes desta nova regulamentação, a CLT previa contratações especiais com duração mínima de 90 dias, em se tratado de Contrato

¹¹² A afirmação referente a existência de trabalho intermitente nos demais países da América latina foi desmentida pelo estudo comparativo dos dispositivos brasileiros com o de outros países, PACHECO, Flávia et al. ANÁLISE COMPARATIVA NORMATIVA: TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL E EM DIPLOMAS ESTRANGEIROS. Revista Científica Faculdades do Saber, v. 2, n. 3, 2017.

¹¹³ Esse é o argumento contido na justificativa do PLS 218/2016 que pode ser acessado em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2914312&disposition=inline.>> Acessado em 28/11/2017

¹¹⁴ Definição dada pela 1ª nota técnica do MPT referente às mudanças na legislação trabalhista, focando na PLS 218/2016 que institui a jornada intermitente

¹¹⁵ Argumentação presente na 5ª nota técnica do MPT referente as mudanças da legislação trabalhista

Temporário, e com uma jornada também mínima de prestação de serviços de 25 horas semanais, no regime de Contratação Parcial.

O relatório do Senador, Armando Monteiro (PTB/PE)¹¹⁶, destaca que esse tipo de jornada aumentará os postos de trabalho, chegando a falar de um aumento de 2 milhões só nos setores de bares e restaurantes, sem, contudo, oferecer fontes sólidas para tal afirmação¹¹⁷. Muito embora se espere aumentar os números de criação e percepção de empregos numa conta simples de formalidade vs informalidade, tal análise superficial pode ter outro significado na realidade prática.

Na 1ª nota técnica produzida pelo MPT relativo ao tema da PLS 218/2016, o MPT se posiciona contra o argumento de que o projeto reduzirá taxas de desemprego, ao afirmar que ela apenas daria base legal a postos de emprego mais precários. A nota ainda cita uma ação civil pública movida em face de uma grande empresa de alimentação¹¹⁸, onde essa última se comprometeu a extinguir todo trabalho intermitente em todas as suas unidades tendo um prazo de um ano para isso, período que correspondeu janeiro de 2013 até janeiro de 2014. Os resultados foram:

Após a realização de acordo judicial que determinara a migração da jornada móvel para os preceitos legais atualmente existentes, a empresa passou de um total de 16.003 empregados em 532 filiais (março de 2013) para 45.075 empregados em 583 filiais (janeiro de 2014), conforme dados do CAGED, o que demonstra que o fim da jornada móvel intermitente no caso concreto, acarretou o aumento da empregabilidade.¹¹⁹

A imprevisível alternância de períodos de prestação de serviços e inatividade tem o potencial de fazer com que o empregado fique "a mercê" do empregador de maneira sempre constante. Embora a legislação estabeleça em seu artigo 462-A um prazo de 3 dias (corridos, não úteis) para o aviso/convocação do obreiro pelo empregador, aquele ficará sempre "amarrado" a dificuldades de se buscar novos contratos ou oportunidades de trabalho, uma vez que a confecção de seu calendário laboral estará, agora, submetida

¹¹⁶ <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4649424&disposition=inline>. > Acessado em 28/11/2017

¹¹⁷ O senador cita que o dado vem de um levantamento da ABRASEL, e de fato essa informação vem do site da ABRASEL, mas em nenhum momento o site mostra alguma evidência que dê suporte a essa afirmação. É importante saber que o Lobby da ABRASEL foi muito importante para a aprovação dessa lei. <http://www.abrasel.com.br/palavra-do-presidente/5542-trabalho-intermitente-muito-legal.html> > Acessado em 28/11/2017

¹¹⁸ O MPT não pode identificar a empresa referida devido a um acordo judicial firmado entre a sociedade empresária e o MPT.

¹¹⁹ Vide nota de rodapé nº 112.

muito mais as oscilantes demandas do empregador que bem um acordo equânime de vontades.¹²⁰

Um dos principais argumentos mobilizados pelos defensores dessa modalidade de trabalho é a alegação de que a reforma foi inspirada em modelos de outros países, o autor inclusive, destaca dois países como inspiração: Portugal e Itália.

Em recente artigo que faz um estudo comparativo entre o instituto do trabalho intermitente como presente na reforma trabalhista e a forma como está prevista nos Estados Unidos e Europa¹²¹, se observa diferenças relevantes na forma como a jornada foi introduzida no Brasil.

Na Itália se exige forma escrita para o contrato e a contratação se dá prioritariamente por meio de contratos coletivos¹²², sendo as hipóteses de contratação individual identificadas por meio de decreto ministerial especial, o empregador só poderá dispor da mão de obra do empregado por no máximo 400 dias em três anos, existe o “subsídio de disponibilidade que remunera o tempo que o trabalhador aguarda até responder a chamada¹²³ e há uma restrição de idade, o trabalho intermitente só pode ser realizado por trabalhadores acima dos 55 anos e abaixo dos 24 anos¹²⁴

Percebe-se aí que no contrato intermitente italiano existe uma maior proteção legal ao trabalhador, visto que na nossa jornada intermitente o contrato pode ser realizado de forma individual sem nenhuma restrição, conforme entendimento da nova redação do caput do Art. 443 da CLT. Também não há restrição de idade, não prevê pagamento de subsídio de disponibilidade e não tem prazo máximo ou horas máximas que podem ser trabalhadas nessa modalidade para o mesmo empregador.

Em Portugal existem restrições que impedem que empresas que não exerçam atividades com descontinuidade possam se utilizar do contrato de trabalho intermitente e

¹²⁰ Nesse sentido foi a fala do ministro do TST, Mauricio Godinho Delgado em audiência pública no senado: “Algum de nós imagina-se submetido a jornada intermitente do indivíduo simples, aquele que mais vai se submeter a jornada intermitente, ele fica à disposição [da empresa], na verdade, o seu tempo inteiro – ao aguardo do tempo de três dias de convocação, horário que poderá variar de inúmeras maneiras”. A fala pode ser acessada pelo link: <https://www.youtube.com/watch?v=MrcWSmOmPuk> >. Acessado em 28/11/2017.

¹²¹ PACHECO, F., MARTINS, G. L., JORGE, G. G. G. B., BENEDITO, L. H., APARECIDO, J. K., & de Oliveira CARDOSO, I. (2017). ANÁLISE COMPARATIVA NORMATIVA: TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL E EM DIPLOMAS ESTRANGEIROS. Revista Científica Faculdades do Saber, 2(3).

¹²² Ibid “A contratação coletiva do trabalho intermitente deve individualizar as exigências e o período predeterminado que justifiquem o recurso a esse tipo de contrato”

¹²³ Ibid “O valor é determinado em convenção coletiva, mas nunca inferior ao mínimo fixado em decreto do Ministério do Trabalho e da Política Social, após consulta dos sindicatos mais representativos à nível nacional.”

¹²⁴ Ibid “Desde que a prestação de serviços seja concluída até os 25 (vinte e cinco) anos de idade.”

há o pagamento da hora em que o empregado fica inativo e o contrato deve contar um número anual mínimo de horas que o empregado deve ser acionado pela empresa. O Brasil por outro lado não prevê o período mínimo de convocações, permite o uso do contrato de forma irrestrita e prevê a ausência de pagamento para o período de inatividade.¹²⁵

A ausência de pagamento para os períodos de inatividade na reforma trabalhista é justificada pelo art 452-A da CLT¹²⁶ que não considera o tempo de inatividade como tempo a disposição do empregador, ainda que o empregado tenha que ficar aguardando o próximo chamamento. Sobre esse assunto, Gabriela Neves Delgado e Mauricio Godinho Delgado fazem o seguinte apontamento: “A Lei n. 13.467/2017, entretanto, ladinamente, tenta criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição.”¹²⁷

Sobre a questão do salário, ainda que o valor da hora de trabalho esteja bem especificado no contrato e que esta quantia não possa ser inferior ao valor-horário do salário mínimo nem inferior ao salário dos demais empregados da mesma empresa que exerçam a mesma função, tal segurança jurídica fica assegurada apenas em âmbito formal, pois no material, importante frisar-se uma vez mais, a imprevisibilidade de remuneração tem o potencial de atingir gravemente os direitos sociais fundamentais que versam na Constituição num sentido de se estabelecer estabilidade ao salário do trabalhador, o qual possui natureza de subsistência e desse modo não pode estar submetido a enormes indeterminações (artigo 7º, CF/88), uma vez que, na prática, o trabalhador inserido neste tipo de contratação precisará de vários contratos para sobreviver.

O maior temor, contudo, reside na perda do patamar civilizatório em relação ao valor trabalho na nossa economia. Mauricio Godinho Delgado definiu que uma das funções relevantes do direito do trabalho era seu caráter modernizante e progressista do ponto de vista econômico e social:

“A legislação trabalhista, desde seu nascimento, cumpriu o relevante papel de generalizar ao conjunto do mercado de trabalho aquelas condutas e direitos alcançados pelos trabalhadores nos segmentos mais avançados da economia, impondo, desse modo, a partir do setor mais

¹²⁵ Ibid “Estabelecendo o percentual mínimo de 20%” (trecho referente ao pagamento do período de inatividade).

¹²⁶ “O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.”

¹²⁷ DELGADO, M. G. ; DELGADO, Gabriela Neves . A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. v. 1. p.381 .

moderno e dinâmico da economia, condições mais modernas, dinâmicas e civilizadas de gestão da força de trabalho.”¹²⁸

Segundo esse raciocínio a função do direito do trabalho na elevação das condições de pactuação da força de trabalho seria do ponto de vista econômico atenuada pelo caráter modernizante e progressista que seria compatível e favorável ao próprio capitalismo¹²⁹

Por esse motivo existe o temor que o contrato de trabalho intermitente inverta essa lógica de modernização progressista dentro do mercado econômico, Godinho Delgado expressa sua preocupação em relação a isso:

“não há dúvida de que a nova fórmula jurídica poderá ter um efeito avassalador quanto ao rebaixamento do valor trabalho na economia e sociedade brasileiras. É que ostentando essa fórmula uma amplitude bastante extensa (vide a generalidade da regra constante do § 3º do art. 443 da CLT), ela tenderá a instigar os bons empregadores a precarizarem a sua estratégia de contratação trabalhista tão logo os concorrentes iniciarem esse tipo de prática. Afinal, como a Sociologia e a Medicina explicam, as más práticas se deflagram e se generalizam epidemicamente, ao passo que as boas práticas levam longo tempo de maturação, aculturação, insistência e educação para prevalecerem.”¹³⁰

CONCLUSÃO

O modelo de jornada de trabalho intermitente diferentemente do alegado não foi espelhado nos modelos normativos previstos na América latina (onde não se observa essa modalidade de jornada) e na Europa onde o patamar protetivo em relação ao trabalhador é bem maior, tendo este direito a receber pelas horas de inatividade, maior previsibilidade de quando será convocado¹³¹, restrições quando ao tipo de atividades econômicas que podem se valer desse expediente, além de outros direitos.

Há ainda o temor que essa forma de contrato de trabalho precarize ainda mais o trabalhador de baixa renda por permitir que dependendo das horas trabalhadas, esse empregado possa ganhar menos que um salário mínimo e que o período de inatividade se converta em tempo à disposição do empregador sem nenhuma remuneração, considerando que no Brasil muitas vezes o empregado só possui passagem de ida e volta

¹²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006. Cap. IV.

¹²⁹ Ibid

¹³⁰ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017, p.381.

¹³¹ O que permite ao empregado saber o quanto ele pode auferir de lucro, encaixar outras atividades nos horários livres, além de maior previsibilidade da rotina.

do trabalho, o que o impede de voltar para casa nos períodos de inatividade e esse tenha que ficar nos arredores da empresa esperando o próximo chamamento.¹³²

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício, Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente#_ftn16. Acesso em 28/11/2017.

PACHECO, Flávia et al. Análise comparativa normativa: trabalho intermitente no Brasil e em diplomas estrangeiros. *Revista Científica Faculdades do Saber*, v. 2, n. 3, 2017.

BRASIL. Lei nº 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.

BRASIL. CÂMARA. Projeto de Lei 218/2016. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para instituir o contrato de trabalho intermitente.

Senador ARMANDO MONTEIRO. Parecer da Comissão de Assuntos Sociais, em caráter terminativo, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 218, de 2016, do Senador Ricardo Ferraço, que “altera a Consolidação das Leis do Trabalho, para instituir o contrato de trabalho intermitente”. 2016.

¹³² Esse caso é muito comum em redes de *fast food* que usam os trabalhadores intermitentes nos horários de pico do almoço e jantar, os dispensando na parte da tarde.

MPT. Nota Técnica nº 1, de 23 de janeiro de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho. Projeto de Lei do Senado Nº 218/2016. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho para instituir o contrato de trabalho intermitente.

MPT. Nota Técnica nº 05, de 17 de abril de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho. Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.787/2016. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974; a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

O TRABALHO INTERMITENTE E SUAS DEFICIÊNCIAS

Rafael Santiago Lima

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Assis de Sousa Silva

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Fernanda Costa

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Roberto da Silva Ribeiro

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

1. INTRODUÇÃO E CONCEITO DE TRABALHO INTERMITENTE

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, reconhecida como reforma trabalhista, criou a categoria de serviço do contrato intermitente, que, até então inexistente na legislação trabalhista brasileira, é definido pela própria lei como:

“o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria”.

Dessa forma, os funcionários podem ser contratados para trabalhar ocasionalmente e serem pagos por tais períodos em que prestaram serviços. Na prática, o trabalhador, com contrato de trabalho intermitente, fica na inatividade até ser convocado para o trabalho. O trabalhador será avisado com pelo menos três dias de antecedência quando seus serviços forem requeridos pelo empregador, independentemente do tamanho do período requerido, podendo ser horas, dias, semanas, etc. Cabe destacar, que enquanto o trabalhador não for convocado para prestar serviços a um empregador, poderá prestar serviços a outros empregadores.

Após tal convocação, que deve ser feita por qualquer meio de comunicação eficaz, o trabalhador terá o prazo de um dia útil para responder. Caso não seja dada resposta a convocação, presumir-se-á a recusa da oferta, o que não caracterizará insubordinação. Quando a convocação é aceita pelo trabalhador e em havendo o descumprimento do

acordado, será aplicada multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração prevista, a ser paga pela parte que descumprir.

A nova legislação prevê que o contrato de trabalho intermitente deve ser feito por escrito e conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor da hora se considerado o salário mínimo, nem inferior ao salário dos demais empregados daquela empresa que exerçam a mesma função, seja em contrato intermitente ou não. Destaca-se, também, a proibição de alteração do valor da hora no caso de mudança de serviço.

Ainda quanto à remuneração, o trabalhador deverá receber, pelo período trabalhado, imediatamente após a prestação do serviço. O pagamento, acompanhado do devido recibo contendo a discriminação de todas as rubricas, deverá incluir remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais. O trabalhador também faz jus ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

O trabalhador também tem direito a férias de trinta dias. Dessa forma, a cada doze meses, o trabalhador adquire direito a um mês de férias a ser usufruída nos doze meses subsequentes.

Importantes previsões sobre o contrato intermitente foram trazidas pela Medida Provisória nº 808, de 2017. Destaca-se a previsão para que, até 2020, seja respeitado o período de 18 meses entre a demissão de um empregado em jornada convencional e a recontração como trabalho intermitente.

Outra importante medida trazida pela MP 808/2017, e que não constava da primeira versão da reforma trabalhista, foi a previsão da possibilidade do parcelamento das férias em três períodos, desde que haja acordo entre as partes.

Por fim, cabe destacar que tal modelo de contrato de trabalho, onde o trabalhador pode prestar apenas poucas horas de trabalho para determinado contratante e sob subordinação – característica essa que o diferencia da contratação de profissional autônomo ou de outra pessoa jurídica – inovou no ordenamento jurídico brasileiro.

2. ANTES DA REFORMA LEGISLATIVA

2.1. PRESENÇA DO CONTRATO INTERMITENTE

A inclusão de nova regra no Artigo 443, sobre trabalho intermitente, tendo sua definição explicitada no § 3º, veio normatizar uma prática existente há várias décadas.

Como exemplo, cite-se a ocasião em que o trabalho tanto do motorista quanto do cobrador de ônibus da empresa Viplan ocorria de forma intermitente. No caso do cobrador, este entrava por volta de seis horas da manhã na rodoviária de Sobradinho/DF. Tripulava um ônibus com destino ao Plano Piloto. O ônibus voltava vazio para o destino de origem. Por vezes realizava outra viagem, sendo dispensado para o almoço por volta de onze horas. Voltava à rodoviária de Sobradinho por volta das quatorze horas.

Naquele período, existia um modelo de ônibus chamado de Executivo. O cobrador realizava uma viagem de ida e volta ao Plano Piloto. Ao retornar, era indicado para se deslocar em linhas normais de ônibus para o Setor de Indústria, onde ficava a garagem central da viação. Então a esse cobrador era destinado um ônibus para que tripulasse até a rodoviária de Sobradinho, quando terminava sua jornada de trabalho, computada em mais ou menos treze horas de trabalho, isto é, de seis horas da manhã até dezenove horas, na maioria das vezes. Tudo isso sem ganhar horas extras. É evidente que a atuação dos sindicatos trouxe fortalecimento às condições de trabalho dos trabalhadores desse importante setor. A diferença que se pode notar é que houve melhoria no que diz respeito à inatividade, que teve um sensível encurtamento.

Veja-se que o exemplo mencionado traduz bem como era há algum tempo. Em recente pesquisa realizada no sítio do Ministério do Trabalho e Emprego¹³³, teve-se acesso a um Acordo Coletivo de Trabalho de grande empresa de transportes coletivos de Brasília, registrado no MTE em 16 de dezembro de 2016, em que o tipo de trabalho elencado poderia facilmente ser classificado como intermitente, uma vez que o trabalhador exerce suas atividades com alternância de períodos e inatividade:

CLÁUSULA SEXAGÉSIMA - DA JORNADA DE TRABALHO:

[...]

Parágrafo Terceiro - A dupla pegada consiste em escala de 06 (seis) horas não corridas, com uma folga semanal, autorizando-se intervalo intrajornada superior a 02 horas, nos termos do art. 71 da CLT. A pegada de maior duração será remunerada sem adicional e a pegada de menor duração será remunerada com adicional de 50%. Eventuais horas extraordinárias serão remuneradas com acréscimo de 50% sobre o valor

¹³³ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Acordo coletivo de trabalho 2016/2017. Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR081556/2016>>. Acesso em 27 nov. 2017.

da hora normal sem acréscimos, com vigência a partir de 20 de outubro de 2014.

Antes da reforma, contratos de trabalho tinham como característica a obrigatoriedade de o empregador prover trabalho ao empregado contratado durante o período em que permanece à sua disposição¹³⁴. Hoje, essa dinâmica parece ser superada. De um lado, o empregado que não acumulará apreço pelo seu empregador, mesmo porque poderá ter vários; e, de outro, o empregador que tentará diminuir sua folha de pagamento, mas com uma mão de obra descompromissada com seus ideais.

A despeito de que esta modalidade irá diminuir os índices de desemprego no País, é importante frisar que a renda do trabalhador também diminuirá. Outro aspecto relevante que talvez não tenha sido debatido na veloz normatização dessa reforma é a maneira como o trabalhador intermitente terá seus benefícios, principalmente previdenciário, uma vez que talvez vá contribuir menos para a Seguridade. Uma das possibilidades que é aventada é a obrigação de o trabalhador ter que completar o valor mínimo exigido pela Previdência para que possa se aposentar.

3. O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Na mesma linha da descrição anterior, o Tribunal Superior do Trabalho enfrentou diversos deslindes semelhantes antes da mudança legislativa. O assunto mostrou-se controverso por muitos anos, tanto nos tribunais como na doutrina trabalhista. Contudo, decisões recentes haviam estabilizado entendimento a favor da ilegalidade da jornada “móvel, flexível e variável” – ou intermitente – por sólida fundamentação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E VARIÁVEL - ABUSO DE DIREITO - SÚMULAS NºS 23, 221, II, E 296 DO TST. Conforme notícia a decisão recorrida consta do contrato de trabalho cláusula estipulando jornada móvel e variável, recebendo o empregado apenas por aquelas horas trabalhadas. O respectivo modelo de jornada incorpora benefícios à empresa, atendendo, todavia, apenas às suas necessidades e preterindo, os interesses dos empregados. A possibilidade de contratação para jornada inferior ao limite legal com salário proporcional obviamente resta autorizada, mas não se admite a ausência da prefixação daquela jornada, ainda que reduzida, porquanto é direito do empregado ter a efetiva ciência prévia de sua jornada diária de trabalho e, conseqüentemente, do seu salário mensal. Na hipótese dos autos a contratação previa a possibilidade de jornada diária de até oito horas, razão pela qual ficava o

¹³⁴ JOÃO, Paulo Sérgio. *Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo de emprego*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego2>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

empregado vinculado a todo aquele período, não lhe cabendo ativar-se em outra atividade. No mesmo diapasão, não tinha conhecimento prévio do valor de seu salário mensal, pois percebia pelas horas efetivamente trabalhadas, apenas com a garantia mínima de duas horas diárias. Dessume-se desse contexto que o benefício do referido regime de contratação dirigia-se única e exclusivamente ao interesse do empregador, sabedor de que contaria com o empregado pela jornada integral de oito horas diárias conforme lhe aprouvesse e, ainda, podendo estender as jornadas com o pagamento de horas extraordinárias. Assim, a empregadora geria um regime de otimização das horas de trabalho de seus empregados e de escalas conforme a movimentação e a necessidade dos serviços em seu estabelecimento. Nos períodos de pequena frequência de clientes o empregado trabalharia por poucas horas, e a reclamada não necessitaria pagar pelo tempo no qual o trabalhador, embora não se ativasse na função, fosse obrigado a reservar o seu dia para atender à possível convocação para a jornada de oito horas. Dessa fixação da jornada, ainda que proporcional e inferior ao limite legal, deve atender às exigências de ambas as partes, com método fixo e não aleatório, como fez a empresa, focada que estava tão somente na diminuição de seus custos operacionais, infringindo, inequivocamente, os princípios basilares de proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, e sujeitando o empregado tão somente ao livre arbítrio patronal, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual, com execrável transferência dos riscos da atividade econômica para o empregado. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 137000-70.2008.5.01.0014 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/06/2014)

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 9891900-16.2005.5.09.0004, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/02/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011)

4. O TRABALHO INTERMITENTE SOB A PERSPECTIVA DO EMPREGADO

A reforma trabalhista vem sendo objeto de um sem-número de análises econômicas, artigos jurídicos, questionamentos judiciais, entre outros, mas à peça chave

de todo esse sistema, parte fundamental e mais afetada pelas mudanças implementadas recentemente, não se vem dispensando a importância adequada nos debates travados: trata-se do empregado, especialmente, tendo em vista o objeto deste artigo, o trabalhador sujeito ao regime de contratação intermitente.

Conforme assevera o professor e advogado Paulo Sergio João, “o contrato de trabalho intermitente é um contrato sem garantias e sem obrigações”¹³⁵, ou seja, em face da ausência de garantias legais ao trabalhador inexistente qualquer garantia de recebimento de salário mensal, pois a remuneração está condicionada à convocação por parte do empregador, o que pode não ocorrer, isto é: trata-se de *emprego sem compromisso de prover renda*¹³⁶.

Nesse sentido, no regime de trabalho intermitente, chega-se ao ponto de ser possível, ao menos em tese, a hipótese de o empregado ter de pagar para trabalhar: nos termos do Ato Declaratório Interpretativo nº 6, da Receita Federal do Brasil, publicado em 24 de novembro de 2017¹³⁷:

a contribuição previdenciária complementar prevista no § 1º do art. 911-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a ser recolhida pelo segurado empregado que receber no mês, de um ou mais empregadores, remuneração inferior ao salário mínimo mensal, será calculada mediante aplicação da alíquota de 8% (oito por cento) sobre a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal.

Esses fatos reforçam a necessidade de se buscar avaliar os impactos da reforma junto aos empregados sujeitos ao regime de trabalho intermitente, por meio da realização de pesquisas acadêmicas e de opinião e, também, de consulta popular, com a realização de referendo às alterações implementadas na legislação trabalhista, mecanismo da democracia participativa abrigado pelo art. 14, inciso II, da Constituição da República.

Desse modo, a participação direta e efetiva dos empregados na formulação e na implementação de alterações na legislação trabalhista, em especial no que se refere ao regime de trabalho intermitente, mostra-se essencial para viabilizar a manutenção de um dos fundamentos da República Federativa Brasileira, a saber, os valores sociais do

¹³⁵ JOÃO, Paulo Sérgio. Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo de emprego. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego2>. Acesso em: 29 de novembro de 2017.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=88247>

trabalho, conforme assevera o art. 1º, inciso IV, da Constituição, de modo a assegurar a todos os brasileiros uma existência digna.

5. ENFRENTAMENTO DOUTRINÁRIO CRÍTICO

Vê-se, portanto, que tal formatação de jornada fere o Princípio da Estabilidade Financeira do Trabalhador. Enquanto as despesas do empregado seguem mensalmente fixas, seu salário e seu horário de trabalho tornam-se completamente imprevisíveis. Apesar de restar resguardado recebimento de mínimo salarial por disposição constitucional – artigo 7º, VII¹³⁸ – e pela Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, do TST¹³⁹; não há possibilidade de planejamento financeiro palpável.

Ademais, quanto ao tempo dispendido, não se pode negar a necessária disponibilidade do indivíduo, que carece de prefixação de jornada. Dessa forma, seu tempo serve incondicionalmente às improrrogáveis despesas de subsistência. Consequentemente, não se pode esperar qualquer investimento em aprimoramento intelectual, exemplo de custo financeiro e temporal extenso.

Ao invés disso, o empregado se percebe sugado pela demanda circunstancial pela sua força de trabalho que lhe faz sacrificar devido descanso para arcar com riscos de empreendimento o qual não assumiu. Por isso, o novo instituto frutifica numerosas críticas doutrinárias. Os Professores Maurício e Gabriela Delgado¹⁴⁰ discorrem:

O contrato de trabalho intermitente, nos moldes em que foi proposto pela Lei da Reforma Trabalhista – caso lidas, em sua literalidade, as regras impostas por esse diploma legal –, busca romper com dois direitos e garantias justralhistas importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário.

¹³⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

¹³⁹ Orientação Jurisprudencial n º 358 da SBDI-1: SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016

I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.

II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁰ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467, de 2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

Quanto à disponibilidade do empregado, Gustavo Garcia¹⁴¹ registra:

A rigor, segundo previsão legal imperativa, o período em que o empregado está a disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, também se considera como de serviço efetivo (art. 4º da CLT). Portanto, não apenas o tempo de labor concretamente realizado, mas todo o período referido, por integrar a jornada de trabalho, também deve ser remunerado.

O Professor Paulo Sérgio João¹⁴², em severa crítica ao argumento motivacional da nova Lei, discorre sobre a perspectiva de aumento na geração de empregos:

Da forma como está, o contrato de trabalho intermitente é um contrato sem garantias e sem obrigações. Pela ausência de garantias ao trabalhador contratado, a lei permitirá o deslocamento de trabalhadores da estatística de desempregado para emprego intermitente, sem qualquer certeza de salário no mês porquanto condicionado à convocação pelo empregador. É o emprego sem compromisso de prover renda.

Flavio da Costa Higa¹⁴³, há contradição ao texto normativo:

O texto coloca o trabalhador intermitente numa posição ontológica de imprevisibilidade, mas mantém a essência da relação de emprego, sem alterar a redação do artigo 3º da CLT. Concebe, assim, uma antinomia, porquanto ninguém pode ‘ser e não ser’ ao mesmo tempo.

Por fim, em artigo anterior à aprovação da Lei, Rodrigo Chagas¹⁴⁴ é assertivo:

Para que houvesse a efetiva aprovação do projeto de lei, seriam necessárias, antes, a elaboração e a aprovação de uma emenda constitucional para a reforma do caput do art. 7º, além dos arts. 170 (valorização do trabalho humano) e 193 (primado do trabalho como ordem social), todos da CF.

¹⁴¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma Trabalhista – Análise crítica da Lei 13.467/2017*. 2. ed., amp e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

¹⁴² JOÃO, Paulo Sérgio. Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo de emprego. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-...>>. Acesso em: 29 de novembro de 2017.

¹⁴³ HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente-...>>. Acesso em: 29 de novembro de 2017.

¹⁴⁴ SOARES, Rodrigo Chagas. Caminhando da Jornada Móvel e Variável para o Trabalho Intermitente. Revista LexMagister. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_25517222_CAMINHANDO_DA_JORNADA_MOVEL_E_VARIAVEL_PARA_O_TRABALHO_INTERMITENTE.aspx> Acesso em: 29/11/2017.

Não por acaso, esse ambiente efervescente favoreceu a proposição de ação abstrata de controle de constitucionalidade. A ADI 5806 foi recebida em recente decisão do Supremo Tribunal Federal e segue as etapas procedimentais para ulterior análise¹⁴⁵:

Despacho: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Atividade Profissional dos Empregados na Prestação de serviços de segurança privada, de monitoramento, ronda motorizada e de controle eletro-eletrônico e digital - CONTRASP, tendo por objeto a Lei 13.467/2017, a qual deu nova redação aos artigos 443, § 3º, 545, 578, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação das Leis Trabalhistas, regulamentando a prestação de trabalho intermitente, bem como a contribuição sindical. Destaco que o rito disposto no art. 12 da Lei 9.868/1999 é aplicável e cabível para matérias relevantes e com especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. É justamente esse o caso da presente Ação Direta, uma vez que a discussão dos autos traz em si especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Ante o exposto, adoto o rito previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999, a fim de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a análise definitiva da questão. Assim sendo, requisitem-se informações à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e à Presidência da República no prazo de 10 (dez) dias e, após, colham-se as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 05 (cinco) dias. Publique-se. Brasília, 8 de novembro de 2017. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente

Conclui-se por derradeiro que a edição desse contrato de trabalho ainda sofrerá muitas contendas. Assim, o presente quadro cinzento de indefinição e apreensão ainda sorverá muitas mudanças em todas as esferas da operacionalização do Direito. Espera-se apenas que a sobriedade do desenho jurídico futuro construa ambiente sustentável para a ponta mais frágil da ligação empregatícia.

6. CONCLUSÃO

O novo instituto do trabalho intermitente foi trazido ao nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.467/2017, embora já existisse há muito tempo.

Muitos criticam o instituto por pressuporem tratar-se de inovação que muito prejudicará o trabalhador, que ficará esperando por serviço que pode demorar mais do que o tempo necessário. Antes dessa nova legislação, havia o trabalho intermitente, todavia, o empregado ficava à disposição do empregador, e, o mais importante, recebia

¹⁴⁵ STF - ADI: 5806 DF - DISTRITO FEDERAL 0013125-53.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 08/11/2017, Data de Publicação: DJe-256 10/11/2017

por isso. Agora sua retribuição pelo serviço será esparsa, mesmo podendo fazer serviços para vários empregadores não terá seus direitos trabalhistas satisfeitos a contento.

Com o argumento de que o empregador desonerará sua folha de pagamento, pois pagará somente quando o trabalhador fizer o serviço, este ganho converter-se-á em prejuízo para o trabalhador que nem sempre conseguirá suprir seu tempo de inatividade com outro serviço.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Acordo coletivo de trabalho 2016/2017. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?NrSolicitacao=MR081556/2016>>. Acesso em 27 nov. 2017.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467, de 2017*. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. REFORMA TRABALHISTA – Análise crítica da Lei 13.467/2017. – 2. ed., amp e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente...> Acesso em: 29 de novembro de 2017.

JOÃO, Paulo Sérgio. Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo de emprego. *Revista Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego2>>. Acesso em: 27 de novembro de 2017.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=88247>

SOARES, Rodrigo Chagas. Caminhando da Jornada Móvel e Variável para o Trabalho Intermitente. *Revista LexMagister*. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_25517222_CAMINHANDO_DA_JORNADA_MOVEL_E_VARIAVEL_PARA_O_TRABALHO_INTERMITENTE.aspx> Acesso em: 29/11/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI: 5806 DF - DISTRITO FEDERAL 0013125-53.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 08/11/2017, Data de Publicação: DJe-256 10/11/2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Orientação Jurisprudencial n° 358 da SBDI-1: SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016.

A REFORMA TRABALHISTA E ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA

George Maia de Albuquerque

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Juci Melim Júnior

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Júlia Namie Maia Pinto Ishihara

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Luísa Rocha Corrêa

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Rafael Fernandes Dubra

Estudante de Direito da Universidade de Brasília

RESUMO

Com a promulgação da Lei 13.467/2017, mais conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, faz-se mister uma nova análise dos institutos da alteração contratual lesiva e da gratificação funcional localizado no artigo 468 da referida lei sob a égide dos princípios trabalhistas do desequilíbrio das partes contratantes e da hipossuficiência do trabalhador.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Gratificação. Incorporação. Função de Confiança. Princípio da Estabilidade Financeira. Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva.

1. INTRODUÇÃO

A relação trabalhista é caracterizada pela desigualdade entre seus polos. O trabalhador, naturalmente, é a parte mais frágil, dependente do contrato de emprego para sua manutenção e bem-estar econômico. Diante desse desequilíbrio, o Direito do Trabalho rege tal relação, com especial caráter tutelar, estabelecendo garantias ao empregado. Nesse sentido, o presente artigo visa analisar o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência brasileiras à alteração contratual lesiva e à gratificação funcional, com enfoque na nova redação dada pela Reforma Trabalhista ao art. 486, com inserção do § 2º.

2. HISTÓRICO DO CONTRATO DE TRABALHO

Primeiramente é imprescindível se analisar a evolução histórica do Contrato de Trabalho. Este pode ser entendido como uma criação Moderna, apesar de o conceito de trabalho remontar desde a Idade Antiga com a escravidão (Grécia de Platão, Aristóteles, Sócrates – visto como atividade inferior) passando pela servidão (Idade Média – ferramenta para dignificar o homem), é na Idade Moderna que se percebe o afloramento desse instituto. Na Inglaterra do Século XVII,

Os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão. Verifica-se nessa fase histórica um pouco mais de liberdade do trabalhador, porém visavam-se aos interesses das corporações mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores, inclusive quanto à continuidade do contrato de trabalho. [...] Nesse período, havia uma espécie de contrato de trabalho entre os companheiros e os mestres, porém inexistia garantia para a continuidade do referido pacto, simplesmente porque não havia uma garantia de o contrato perdurar no tempo.¹⁴⁶

Esse instituto teve sua maior expansão com o advento da Revolução Industrial, como observa-se nos excertos a seguir:

Afirma-se que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial. Constatase nessa época que a principal causa econômica do surgimento da Revolução Industrial foi o aparecimento da máquina a vapor como fonte energética.¹⁴⁷ O medo das formas que o trabalho foi prestado no passado, levaram ao amadurecimento dos trabalhadores neste período, incentivando a formação de associação, dando lugar a contratos de trabalho com prazo determinado, fazendo que com isso o trabalhador não ficasse vinculado indefinidamente ao empregador.¹⁴⁸

¹⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Breve histórico a respeito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 167-176, jan. 2000. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67461/70071. Acessado em: 17 nov. 2017.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ VERA, Leila Cristina Rojas Gavilan. *A Aplicação dos Elementos de Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado como Fator de Desenvolvimento Humano*. Curitiba, 2009. 126 p. Dissertação em Organizações e Desenvolvimento – FAE – Centro Universitário, Curitiba, PR, 2009. Disponível em: www.fae.edu/galeria/getImage/108/261198538953571.pdf. Acessado em: 20 nov. 2017

A legislação trabalhista no Brasil, ganha maior enfoque e força na década de 1940, com o Governo de Getúlio Vargas e tem seu ápice com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas.

No Brasil, desde a abolição da escravatura, a fase embrionária da consolidação dos direitos trabalhistas perdurou por quatro décadas. As primeiras normas de proteção ao trabalhador surgiram a partir da última década do século XIX. Em 1891, o Decreto nº 1.313 regulamentou o trabalho de menores. De 1903 é a lei de sindicalização rural e de 1907 a lei que regulou a sindicalização de todas as profissões. A primeira tentativa de formação de um Código do Trabalho, de Maurício de Lacerda, é de 1917. No ano seguinte foi criado o Departamento Nacional do Trabalho. E em 1923 surgia, no âmbito do então Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, o Conselho Nacional do Trabalho.¹⁴⁹

Os avanços pontuais, no patamar de direitos trabalhistas, instituídos na década de 30 e no início da década de 40, somados a algumas previsões do Código Civil de 1916 e de restritas normas trabalhistas editadas na década de 20, deram origem a uma legislação trabalhista esparsa, posteriormente consolidada, com acréscimos, na forma da Consolidação das Leis do Trabalho. [...]

Desde a publicação, foram feitas críticas à Comissão pelo fato de o anteprojeto promover inovações no ordenamento vigente, não se atendo aos limites de uma simples consolidação. Com efeito, foi incluso um título introdutório com princípios e conceitos fundamentais sem previsão legal anterior e diversos outros títulos foram complementados com normas então inexistentes no ordenamento.¹⁵⁰

3. PANORAMA ANTERIOR À REFORMA

O art. 468 do Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, em sua redação original, anterior à Reforma Trabalhista, determinava que:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

¹⁴⁹ BRASIL. MATO GROSSO. TRT 24ª Região. *História: A criação da CLT*. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt>. Acessado em: 22 nov. 2017.

¹⁵⁰ CEZAR, Frederico Gonçalves. O processo de elaboração da CLT: histórico da consolidação das leis trabalhistas brasileiras em 1943. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, v.1, p. 13/3-20, 2012. Disponível em: institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/.../07/3º-artigo-Frederico-Goncalves.pdf. Acessado em: 25 nov.2017

O art. 468, *caput*, assim, permite alterações contratuais voluntárias bilaterais por mútuo consentimento, desde que não resultem em prejuízos ao empregado. Qualquer alteração em dissonância com tais estipulações seria ilícita, e, portanto, nula.¹⁵¹

A *ratio* do artigo é consonante ao Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva, permitindo, não obstante, a alteração contratual resguardados os direitos do trabalhador. Percebe-se, portanto, o ato volitivo do empregador (*ius variandi*) frente ao direito de resistência (*ius resistentiae*) do trabalhador, de modo que é necessário tanto o mútuo consentimento quanto a não lesividade ao obreiro. Evidente, assim, o caráter tutelar da lei trabalhista¹⁵².

O antigo parágrafo único do artigo, por sua vez, trata da reversão, isto é, do retorno ao cargo anterior após ocupado cargo de confiança. É uma modificação funcional inerente ao *jus variandi extraordinário*, não adquirindo o obreiro qualquer garantia quanto ao permanente exercício desse cargo. Trata-se, portanto, de hipótese explícita de alteração contratual lesiva autorizada pela legislação trabalhista.¹⁵³

O retorno ao cargo anterior implica, em geral, na perda da gratificação referente ao exercício do cargo de confiança, sendo uma alteração lesiva ao trabalhador. No entanto, é uma hipótese permitida devido à natureza dessas funções, dependentes de efetiva confiança empresarial.¹⁵⁴

Considerando, contudo, o Princípio da Estabilidade Financeira, a jurisprudência compatibilizou a reversão com a incorporação patrimonial da gratificação funcional pelo trabalhador, observando, em especial, o tempo de exercício da função de confiança.

4. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

¹⁵¹ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

¹⁵² BARROS, Alice Monteiro (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho – Estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 370

¹⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1.167.

¹⁵⁴ Art. 499 - Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.

§ 1º - Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança, é assegurada, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado.

Em relação ao entendimento jurisprudencial acerca do tema abordado no presente artigo, é interessante destacar o entendimento consubstanciado no enunciado nº 372 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁵:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)

Percebe-se que a jurisprudência trabalhista conferiu maior proteção ao trabalhador que exerceu função de confiança por longo período de tempo face à exceção aberta pelo parágrafo único do art. 468 da CLT, conferindo-lhes, após dez anos de recebimento da gratificação, em face do princípio da estabilidade financeira, a manutenção da gratificação mesmo após a reversão sem justo motivo ao cargo efetivo, hipótese permitida em lei.

Nesse sentido, temos a lição de Mauricio Godinho Delgado:

A jurisprudência, contudo, também sempre buscou encontrar medida de equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 mencionado e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança. A preocupação dos tribunais era de que a presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas, pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extremamente prejudicial a reversão e suas consequências. Nesse contexto, procurou a jurisprudência apreender na ordem jurídica uma fórmula que, embora preservando a direção empresarial sobre a condução das atividades laborativas (mantendo, portanto, a prerrogativa de reversão independentemente dos anos de ocupação do cargo), minorasse — proporcionalmente ao período de ocupação do cargo — as perdas materiais advindas da decisão reversiva. É o que se encontrou no antigo Enunciado 209 do TST: “A reversão do empregado ao cargo efetivo implica na perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos” (grifos acrescidos). Com o cancelamento da Súmula 209 (em novembro de 1985), a jurisprudência passou a oscilar entre critérios temporais mais ou menos elásticos do que os 10 anos (verificando-se,

¹⁵⁵ Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-372.

Acesso em 27 de nov. 2017.

até mesmo, decisões pela inviabilidade de qualquer garantia de estabilização salarial no contrato em tal caso). Entretanto, pela OJ 45 da SDI-I/TST, de 1996, confirmou-se o critério decenal para a estabilização financeira em situações de reversão: “Gratificação de função percebida por 10 ou mais anos. Afastamento do cargo de confiança sem justo motivo. Estabilidade financeira. Manutenção do pagamento”. Hoje tal critério está expresso na Súmula 372, I, do TST¹⁵⁶.

5. MUDANÇAS EMPREENDIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

A lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, trazendo significativas mudanças no rol de direitos elencados, bem como na jurisprudência consolidada por meio da Súmula nº. 372 do Tribunal Superior do Trabalho.

Dentre as mudanças, foi renumerado o parágrafo único do art. 468, que agora torna-se parágrafo primeiro, e incluiu o parágrafo segundo, nos seguintes termos, sem grifos no original:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 2º. **A alteração de que trata o § 1o deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função** (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Dessa forma, tal inovação tem o propósito de afastar a aplicação da Súmula 372 do TST, que previa um critério objetivo para aferição de indisponibilidade do direito atrelado ao Princípio da Estabilidade Financeira ao estabelecer que o empregador não poderia retirar a gratificação de função se percebida por dez ou mais anos pelo empregado. Com a mudança, a lei explicitamente permite que não seja assegurado ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente,

¹⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1166-1167.

consequentemente, o valor percebido pelo exercício da função de confiança não será incorporado (ao salário), independentemente do tempo de exercício da respectiva função.

No entanto, deve ser alertado que, por tratar-se de norma de direito material de caráter não penal, a alteração apenas será aplicável aos empregados que, até a data de início de vigência da nova lei, ainda não tinha reunido as condições de aquisição ao direito à incorporação da gratificação funcional, quais sejam: efetivo exercício de cargo de confiança por pelo menos 10 (dez) anos e ausência de justo motivo para a destituição¹⁵⁷.

Usando dessa lógica, resulta outra hipótese em que o empregado reuniu as condições acima explicitadas, em que percebia determinado valor e, após o início da vigência da alteração legislativa, passa a exercer função de confiança com retribuição financeira mais elevada. Nesse caso, o valor referente à função já incorporada ao salário deve ser preservado caso o empregado venha a ser destituído da nova função exercida.

6. CRÍTICAS

A inserção do § 2º no art. 468 da CLT deturpou substancialmente a inteligência do Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva. De fato, o §1º (antigo parágrafo único) do mesmo artigo determina que a única alteração unilateral que, ainda que traga algum prejuízo ao empregado, não deveria ser considerada lesiva seria a reversão ao cargo efetivo, deixando-se o exercício da função de confiança anteriormente ocupada, com a consequente perda da gratificação a ela correspondente. No entanto, a Súmula 372 do TST trouxe limites para esta exceção. Dessa forma, o item I da súmula em análise definiu que, se não houvesse justo motivo, caso a função de confiança fosse percebida por 10 anos ou mais, a reversão ao cargo efetivo não poderia resultar em retirada da gratificação recebida, devido ao Princípio da Estabilidade Financeira.

O § 2º, ao acrescentar que a alteração de que trata o §1º, "com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função", transformou a Súmula 372 do TST em letra morta. Não se considerou, com a alteração, a racionalidade subjacente ao entendimento da súmula.

¹⁵⁷ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de et al. *Reforma Trabalhista – Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017, p. 209-210.

Ora, é bastante razoável supor que o empregado que conviva com a percepção de uma gratificação por 10 anos ou mais já adaptou todo seu contexto de vida a esse cenário. Ademais, se ele ocupou a função de confiança por tanto tempo, há um forte indicativo de que realizou um bom trabalho, uma vez que uma função de confiança deve ser ocupada por alguém, obviamente, da mais estrita confiança do empregador. A redação da súmula, ao indicar que um dos limites seria a retirada da gratificação, após 10 anos ou mais, sem justo motivo, está justamente considerando esse cenário de: a) duração prolongada no tempo, capaz de provocar justa adaptação do padrão de vida do empregado, e b) constatação de que há confiança, por parte do empregador, no trabalho desenvolvido pelo empregado.

Destarte, o § 2º rompe com todo o contexto ético presumido pela súmula¹⁵⁸. A não existência de justo motivo aliada a um período de tempo bastante dilatado, atualmente, já não garantem nenhuma proteção ao empregado. Destaca-se que, no caso, não se está discutindo se o prazo da súmula se trata de um prazo adequado. Esta é, inclusive, uma discussão salutar. Qual deveria ser o prazo adequado para se considerar a percepção da gratificação como perene por parte do empregado? 5 anos, 10 anos, outro período? Caso a alteração no art. 468 da CLT tivesse ocorrido apenas em relação ao período de aquisição do direito à incorporação da gratificação ao salário do empregado, o dano não seria tão destacado, apesar de que se entende que o prazo estabelecido na Súmula 372 é bastante coerente e adequado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alteração trazida pela Reforma Trabalhista a respeito da inserção do § 2º no art. 468 da CLT mostra-se, portanto, deveras maléfica ao empregado, uma vez que desnatura sua garantia remuneratória. É, nesses termos, uma mudança que causa danos ao menos favorecidos e menos capazes de transacionar por seu bem-estar e de sua família. Nesse contexto, houve um retrocesso desumanizador, voltado apenas para garantir a redução de custos para o empregador, e, como em várias outras alterações trazidas pela reforma, tratando o trabalho obreiro como mera mercadoria. Não há que se falar, nesse ponto, em modernização da legislação vigente, mas tão somente em garantir mais benefícios, entre

¹⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017, p. 175.

tantos, ao empregador em uma relação jurídica já bastante desigual, como ocorre nas relações de emprego.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho – Estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL. MATO GROSSO. TRT 24ª Região. *História: A criação da CLT*. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt>. Acessado em: 22 nov. 2017.

CEZAR, Frederico Gonçalves. O processo de elaboração da CLT: histórico da consolidação das leis trabalhistas brasileiras em 1943. *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, v.1, p. 13/3-20, 2012. Disponível em: institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/.../07/3º-artigo-Frederico-Gonçalves.pdf. Acessado em: 25 nov.2017

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Breve histórico a respeito do trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 167-176, jan. 2000. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67461/70071. Acessado em: 17 nov. 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de et al. *Reforma Trabalhista Análise Comparativa e Crítica da Lei Nº 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.

VERA, Leila Cristina Rojas Gavilan. *A Aplicação dos Elementos de Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado como Fator de Desenvolvimento Humano*. Curitiba, 2009. 126 p. Dissertação em Organizações e Desenvolvimento – FAE – Centro Universitário, Curitiba, PR, 2009. Disponível em: www.fae.edu/galeria/getImage/108/261198538953571.pdf. Acessado em: 20 nov. 2017

O DIREITO ÀS FÉRIAS À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

Gabriela de Almeida Gomes
Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Juliana Gomes Rabelo
Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Priscilla Beust Quint
Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Renata Teixeira de Andrade
Estudante de Direito da Universidade de Brasília

Yasmin de Brito Goés
Estudante de Direito da Universidade de Brasília

1. INTRODUÇÃO

A nova lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) trouxe muitas alterações no que concerne ao período concessivo de férias, trazendo maior flexibilização e precarização aos trabalhadores. Entendendo o trabalhador enquanto um ser social, familiar e político, as férias possuem papel importante no exercício da cidadania, uma vez que o devido descanso é dado com vistas a melhor promover a integração e motivação em meio à sociedade e ao trabalho.¹⁵⁹

Por isso, o presente artigo possui o objetivo de analisar brevemente as principais mudanças sobre o período de férias. A seção 1 tratará sobre o período concessivo de férias propriamente dito, explicitando as alterações quanto ao fracionamento de dias e sujeitos incluídos. Já a seção 2 busca focar nas mudanças referentes às férias dos empregados domésticos, que teve com a nova lei da reforma uma formalização das práticas já adotadas com os patrões, sobretudo quanto à demissão acordada. A seção 3 traz uma explicação sobre o direito às férias dos empregados terceirizados dentro da perspectiva da nova reforma, revelando a precariedade e vulnerabilização destes na

¹⁵⁹ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

atualidade. Por fim, a seção 4 busca esclarecer sobre o direito às férias na Jornada Intermitente, uma das principais mudanças trazidas pela reforma da CLT, caracterizada por uma nova modalidade de jornada de trabalho de prestação de serviços não contínua.

2. O PERÍODO CONCESSIVO DAS FÉRIAS

O período concessivo consiste no prazo de doze meses que, depois de adquirido o direito às férias, o empregado tem para usufruí-lo. E é nesse período que se concentram as principais mudanças concernentes ao direito às férias, que são, essencialmente, três.

Na redação anterior da CLT, em seu § 1º do art. 134, estabelecia-se que “somente em casos excepcionais serão as férias concedidas em dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias corridos”, ou seja, definia que o empregado, após adquirir o direito às férias, deveria gozar delas em até doze meses e em um único período e, apenas em situações excepcionais era admitido o seu fracionamento em no máximo duas vezes e, cada uma delas, não inferiores a dez dias.

Outra mudança relevante na legislação diz respeito aos adolescentes e idosos, que só podiam tirar trinta dias de férias, sem a possibilidade de fracionamentos. Com a nova redação, todavia, podem ter suas férias igualmente fracionadas. Por fim, a nova Lei, ainda, proibiu que as férias fossem marcadas dois dias antes de feriados ou de fins de semana, o que antigamente não era vedado.

A respeito da possibilidade de fracionamento, essa determinação era dada, sobretudo, por razões de saúde, uma vez que o descanso advindo das férias é essencial para que o trabalhador se mantenha inserido na sociedade enquanto ser familiar, social e político, bem como imprescindível para que continue a realizar seu trabalho.

A esse respeito, Maurício Godinho Delgado disserta que:

“As férias atendem a [...] metas de saúde e segurança laborativas e de reinserção familiar, comunitária e política do trabalhador. De fato, elas fazem parte de uma estratégia concentrada de enfrentamento dos problemas relativos à saúde e segurança no trabalho, à medida que favorecem a ampla recuperação das energias físicas e mentais do empregado após longo período de prestação de serviços. São, ainda, instrumento de realização da plena cidadania do indivíduo, uma vez que propiciam sua maior integração familiar, social e, até mesmo, no âmbito político mais amplo”¹⁶⁰

Com a nova redação dada pela Lei 13.467/17, entretanto, nota-se que esse

¹⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, pág. 1102.

direito foi flexibilizado de modo a se permitir o fracionamento das férias em até três vezes, desde que em concordância com o empregado e desde que um dos períodos não seja inferior a quatorze dias corridos e o outro a cinco dias corridos. Sob essa ótica, a exigência de ser o fracionamento concedido apenas em casos excepcionais se dissolve, sendo apenas necessária a concordância entre empregado e empregador para que o parcelamento das férias em três períodos se realize.

Portanto, nota-se que a nova lei da reforma, sob a justificativa de modernização trabalhista, tem precarizado as relações trabalhistas, posto que é, em uma relação tão assimétrica, como a que ocorre entre empregado e empregador, a concordância e o consenso tendem a ser uma decisão unilateral deste em relação àquele que apenas aceita o que lhe é imposto. Sob essa perspectiva que se desenvolveu o princípio Tuitivo do Direito do Trabalho, que à luz de Mauricio Godinho Delgado busca criar

“uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”¹⁶¹.

Ademais, a possibilidade de um dos períodos serem de cinco dias pode se mostrar extremamente maléfica à saúde do empregado, pois se as férias, com parcelamento excepcional e de até dez dias já era considerada prejudicial, em um período tão pequeno como o de cinco dias não há como se falar em um verdadeiro descanso.

Por fim, confirmam-se os seguintes precedentes do TST sobre a prejudicialidade do parcelamento das férias:

“[...] Com efeito, a regra é de que as férias sejam concedidas em um só período, e somente em situações excepcionais é possível o seu fracionamento. Assim, e reconsiderando posicionamento anterior em face de precedente turmário, entendo que as férias foram parceladas em situação irregular, pois sem a demonstração de ocorrência de caso excepcional, dando ensejo ao seu pagamento em dobro, por não ter sido atingido o intuito precípua assegurado por norma cogente de política de saúde e segurança do trabalho”. (TST-E-RR- 6500-92.2008.5.04.381, SBDI-I, rel. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 31.05.2012)

“FÉRIAS. FRACIONAMENTO IRREGULAR. O art. 134 da CLT, ao prever que as férias serão concedidas num só período, deixou clara a sua finalidade, qual seja a de proteção à saúde do empregado, bem como sua inserção familiar. Portanto, somente em situações excepcionais (o que não é o caso dos autos) é possível o seu parcelamento e, assim mesmo, limitado a dois períodos, um deles não inferior a 10 (dez) dias corridos (CLT, artigo 134, § 1º). Logo, o parcelamento irregular enseja o pagamento da dobra, por não atingir

¹⁶¹ Idem, pág. 213.

o intuito precípua assegurado pela lei. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.” (Processo: RR - 49700-52.2008.5.04.0381 Data de Julgamento: 28/06/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 1/7/2011)

3. ALTERAÇÕES NO DIREITO ÀS FÉRIAS DOS EMPREGADOS ADVINDOS DA REFORMA TRABALHISTA

A reforma trabalhista não trouxe tantas mudanças para a categoria dos empregados domésticos e empregadores domésticos em razão de que muitas das novidades que foram advindas desta já se encontravam previstas na Lei Complementar nº 150/2015, tais como jornada de trabalho 12x36, o parcelamento de férias, a não obrigatoriedade no pagamento anual da contribuição sindical, a possibilidade de redução do descanso diário para 30 minutos, entre outras. Sendo assim, a lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, acabou por servir de instrumento de formalização destas práticas que já eram adotadas entre patrões e empregados domésticos, além de estabelecer uma série de normas que afetarão esta relação. Uma das principais formalizações foi acerca da demissão acordada que, conforme especialistas, era feita informalmente entre contratantes e domésticos e, agora, passa a ser regulamentada, reduzindo o risco de processos trabalhistas.

Com relação às alterações das férias, veremos que estas poderão ser divididas em até três períodos, mas nenhum deles poderá ser menor que cinco dias corridos e um deles deve ser maior do que quatorze dias corridos. A solicitação do fracionamento das férias deve ser feita pelo empregado doméstico. Além disso, fica proibido que as férias comecem dois dias antes de um feriado ou fim de semana. Hoje as férias podem ser divididas apenas em dois períodos, nenhum deles inferior a dez dias. O texto da Reforma passa a permitir que trabalhadores com mais de 50 anos dividam suas férias, o que atualmente é proibido.

Ademais, teremos que com a reforma trabalhista o usufruto das férias poderá acontecer em até três períodos. Na seara do trabalho doméstico, as férias só podem ser parceladas em até dois períodos, sendo que pelo menos um período terá 14 dias, e quem decide o parcelamento é o empregador. Além disso, deixa de ser proibido das férias em dois períodos para empregados com 50 anos de idade ou mais. O artigo 134 da nova lei dispõe que é proibido o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado. Sendo assim, teremos para o trabalhador doméstico as férias terão que começar sempre de segunda a quarta-feira, desde que não haja feriado

na semana.

4. ALTERAÇÕES NO DIREITO ÀS FÉRIAS DOS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS ADVINDOS DA REFORMA TRABALHISTA

Terceirização é, segundo os ensinamentos de Delgado¹⁶², o fenômeno através do qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista correspondente, permitindo a um sujeito de direito tomar serviços no mercado de trabalho sem responder diretamente pela relação de emprego estabelecida com o trabalhador contratado. É, ainda, modelo de gestão empresarial da força de trabalho, que ganhou espaço no Brasil principalmente a partir da década de 90, tanto no setor público, quanto no privado.

As relações empregatícias típicas são bilaterais, estabelecidas entre empregado e empregador, e o serviço é prestado com pessoalidade. Com a terceirização, tal paradigma se rompe para dar lugar a uma relação trilateral, em que há três sujeitos contratantes. Assim, embora a efetiva prestação de serviços se dê entre o trabalhador e a empresa tomadora, o vínculo formal de emprego, ou seja, a relação jurídica de trabalho, é estabelecida entre o empregado e a empresa prestadora de serviços, a qual é responsável pela assinatura da Carteira de Trabalho. Por conseguinte, o trabalhador terceirizado fica duplamente subordinado, pois há subordinação formal à empresa prestadora, e subordinação material à empresa tomadora.

Quanto ao direito às férias do trabalhador terceirizado, a Lei da Reforma Trabalhista não trouxe mudanças em relação à CLT. Continuam sendo-lhes aplicadas as regras gerais que regulam o direito às férias dos empregados urbanos. Entretanto, na realidade fática, o cenário é extremamente precário para esses trabalhadores.

Na prática, ocorre que a empresa prestadora rompe o contrato de emprego com o terceirizado próximo à data de completar o período aquisitivo de 12 meses, e apesar de receber as verbas trabalhistas indenizatórias correspondentes, o empregado não usufrui efetivamente do seu direito às férias, apesar de ser este um direito social garantido pela Constituição Federal. Na maioria das vezes, o empregado não interrompe sua prestação de serviços no estabelecimento da empresa tomadora, e permanece no trabalho até que seja firmado novo contrato de trabalho com a nova empresa prestadora,

¹⁶² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

mas fica impossibilitado de usufruir das férias pois iniciou novo período aquisitivo¹⁶³.

Diante do exposto, é inequívoca a conclusão de que a terceirização é um meio de diminuir e precarizar os direitos do trabalhador e também de reduzir a responsabilização das empresas contratantes.

5. DIREITO A FÉRIAS NA JORNADA INTERMITENTE

A possibilidade de jornada intermitente foi uma das mudanças mais relevantes trazidas pela reforma da CLT. Isso porque a Lei 13.467/2017, em seu artigo 443, *caput* e §3º, trouxe nova modalidade de jornada caracterizada pela prestação de serviços de forma não contínua e cuja contagem pode se dar em horas, dias ou meses.

Segundo o artigo 452-A, §6º do novo diploma legal, o empregado receberá, de imediato, a remuneração, bem como as férias proporcionais mais um terço, o décimo terceiro salário proporcional, o repouso semanal remunerado e os adicionais legais. Valores esses que devem estar discriminados no recibo de pagamento.

A Lei 13.467/2017 prevê, ainda, em seu §9º, que a cada doze meses o empregado em tela adquire direito a usufruir um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado pelo mesmo empregador para prestar serviços. Uma leitura literal do referido parágrafo pode levar a crer que, nesse período, apenas haverá a ausência de convocação pelo empregador. Devido à contemporaneidade da reforma, não há jurisprudência formada a esse respeito.

No entanto, a partir de uma interpretação constitucional e principiológica do texto legal, é possível chegar à conclusão de que as férias mais o terço constitucional devem ser pagos no período. Alinhados ao último posicionamento estão Gabriela Delgado e Maurício Delgado, como depreende-se do excerto abaixo:

Aparentemente, imagina a literalidade da lei que as férias podem ser gozadas sem pagamento da remuneração e do terço constitucional – em manifesto descumprimento do disposto no art. 7º, XVII, da Constituição. Não sendo essa alternativa viável, do ponto de vista jurídico (não há férias, no direito brasileiro, sem remuneração e respectivo terço de acréscimo), tem-se que admitir que cabe, sim, o pagamento das férias de 30 dias, com o terço constitucional pertinente, assegurado o cálculo de seu montante pela média mensal dos salários

¹⁶³ OLIVEIRA, Neuza Ferreira. A não concessão de férias a empregado terceirizado em decorrência da substituição de empresa prestadora de serviços e sua continuidade laboral para o mesmo tomador de serviços. Brasília, 2013. 70 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/55432>>.

nos meses componentes do período aquisitivo, *respeito o piso do salário mínimo mensal*¹⁶⁴

O que se teme, com a normatização da jornada intermitente, é uma maior precarização dos direitos do empregado. Na prática, muitas vezes o empregado não teria a segurança de garantir, durante o mês, ao menos o salário mínimo mensal, caso o empregador não o convoque ou o convoque pouco. Logo, o provável é que, em vários casos, o empregado trabalhe para outro empregador no período em que deveria gozar as férias, para que consiga se sustentar. Assim, com a ausência de um período de férias efetivas, há risco de comprometimento da saúde e da segurança desse trabalhador, de forma a ferir o princípio trabalhista da proteção.

6. CONCLUSÃO

A Lei da Reforma Trabalhista trouxe debates importantes quanto à precarização e vulnerabilização do trabalhador no que tange o seu direito às férias, principalmente quanto ao fracionamento dela em até três vezes. Antes, o período de férias fracionado só acontecia em casos excepcionais. Começa a valer, contudo, a exigência de concordância entre empregador e empregado para ocorrer o parcelamento das férias, o que muito provavelmente coloca em risco o direito constitucional do trabalhador. Desta forma, o presente artigo buscou trazer à tona as principais problemáticas envolvidas nas novas regras sobre as férias, com o intuito de debater como as mudanças irão afetar o trabalhador.

As outras alterações referentes aos empregados domésticos visaram formalizar o que já vinha acontecendo entre trabalhador e empregador, do mesmo modo em que as mudanças na CLT trouxeram menos proteção àqueles terceirizados. A principal alteração foi, entretanto, sobre o direito às férias na Jornada Intermitente, que pode pôr em perigo o princípio da proteção do trabalhador, bem como afetar sua saúde e segurança, mas que ainda por ser um dispositivo novo, não há jurisprudência formada sobre.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹⁶⁴ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei 13.467/2017*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 157

AVELINO, Mario. *Reforma trabalhista: veja o que muda para os empregados domésticos*. Disponível em <<https://extra.globo.com/noticias/economia/reforma-trabalhista-veja-que-muda-para-as-domesticas-21674962.html>> (Acesso em: 22/11/2017)

BRASIL. Decreto-Lei nº 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: 20/11/2017)

BRASIL. Lei nº 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: 22/11/2017)

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 49700-52.2008.5.04.0381, 8ª Turma, Rel. Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 1.7.2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 6500-92.2008.5.04.381, SBDI-I, Rel. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 31.05.2012.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil: Comentários à Lei 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Neuza Ferreira. *A não concessão de férias a empregado terceirizado em decorrência da substituição de empresa prestadora de serviços e sua continuidade laboral para o mesmo tomador de serviços*. Brasília, 2013. 70 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário do Distrito Federal, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/55432>>.

PEREIRA, Leone. *Flexibilização dos Direitos Trabalhistas*. Revista dos Tribunais, v. 975, p. 49-74, jan/2017.

SOROSINI, Marcela. *Reforma trabalhista: veja o que muda para as domésticas*. Disponível em: <<http://www.domesticalegal.com.br/reforma-trabalhista-veja-o-que-muda-para-domesticas/>>. Acesso em: 22/11/2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Reforma Trabalhista: Uma Análise dos Efeitos Jurídicos das Principais Modificações Impostas pela Lei 13.467/2017*. Revista dos Tribunais, vol. 985/2017, p. 43 – 71, Nov/2017