



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

FERNANDO GALLEGO DIAS

**EFEITOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NA REFORMA
TRABALHISTA**

Palhoça

2018

FERNANDO GALLEGO DIAS

**EFEITOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NA REFORMA
TRABALHISTA**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Jorge Luiz de Lima, Msc.

Palhoça
2018

FERNANDO GALLEGO DIAS

**EFEITOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NA REFORMA
TRABALHISTA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 9 de Julho de 2018.

Prof. e orientador Jorge Luiz de Lima, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Profa. Dilsa Mondardo, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Profa. Patrícia Santos e Costa, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

EFEITOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 9 de Julho de 2018.

FERNANDO GALLEGOS DIAS

Dedico a presente dissertação à minha esposa, meus filhos e a toda minha família que sempre me apoiaram com sua inabalável compreensão em todos os estágios do trabalho desenvolvido.

AGRADECIMENTOS

Após trabalhar por vários anos diretamente na área administrativa de fiscalização trabalhista, considero a experiência adquirida durante o curso de Direito da UNISUL extraordinária para a minha qualificação profissional, permitindo ampliar os meus conhecimentos, como também meu crescimento profissional como operador do Direito. Agradeço a todos que direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho. Agradeço ao meu orientador, Professor Jorge Luiz de Lima, que teve contribuição significativa sobre o desenvolvimento deste trabalho, bem como também agradeço à Professora Dilsa Mondardo pela sua notória contribuição durante as práticas jurídicas externas, e por sempre ter estado disponível para sanar dúvidas e abrilhantar este trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem por objeto a análise do fenômeno da flexibilização do direito trabalhista observado nos últimos anos, culminando com a reforma trabalhista trazida pela lei nº 13.467/2017. O enfoque específico do trabalho é a análise temporal da flexibilização da jornada de trabalho que culminou com o aparecimento do trabalho intermitente e a disponibilização da jornada laboral. A análise do assunto comporta incursões na seara dos direitos constitucional e do trabalho. Para tanto, adota-se uma pesquisa de natureza exploratória, pautada na revisão bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, dados obtidos através de livros, publicações, da internet, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do problema de pesquisa. Com um desenvolvimento histórico e atual do direito trabalhista, discorre-se sobre as principais alterações da recente reforma, apresentando-se na sequência os limites constitucionais e doutrinários acerca da jornada de trabalho que por fim culminam na criação das figuras jurídicas elencadas nos novos art. 58, 58-A, 59, 59-A, 611-A e art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diante do exposto, concluiu-se que a flexibilização das leis trabalhistas consiste em medidas de natureza jurídica que tem finalidade social e econômica de conferir às empresas a possibilidade de se ajustar às contingências rápidas ou contínuas do sistema econômico, desde que verificadas as peculiaridades do potencial efeito insalubre da jornada nos casos materiais específicos. Assim, a realização dessa pesquisa é de interesse geral, pois a flexibilização das leis trabalhistas permite que se faça modificações no ambiente de trabalho para que possa ajustar ao mercado econômico flutuante.

Palavras-chave: Flexibilização. Jornada. Limites Constitucionais.

LISTA DE SIGLAS

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 O DIREITO DO TRABALHO.....	4
2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO.....	5
2.1.1 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil.....	7
2.2 PRINCÍPIOS TRABALHISTAS.....	8
2.2.1 Princípio in dúbio pro operário	9
2.2.2 Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador.....	10
2.2.3 Princípio da primazia da realidade.....	10
2.2.4 Princípio da continuidade da relação de emprego.....	11
2.2.5 Princípio da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.....	12
2.3 REFORMA TRABALHISTA DA LEI Nº 13.467/2017.....	12
3 JORNADA DE TRABALHO.....	16
3.1 DEFINIÇÕES RELATAS À JORNADA LABORAL.....	17
3.1.1 Jornada de Trabalho.....	17
3.1.2 Duração da Jornada.....	18
3.1.3 Horário de Trabalho.....	18
3.1.4 Horas in Itinere.....	18
3.1.5 Intervalos intrajornada e interjornada.....	20
3.2 COMPOSIÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO.....	21
3.2.1 Critérios de fixação da jornada	21
3.2.2 Composição da jornada	23
3.3 JORNADA EXTRAORDINÁRIA.....	24
3.4 REGRAS GERAIS E ESPECIAIS APLICÁVEIS À JORNADA.....	25
3.4.1 Natureza das normas a respeito de jornada.....	26
3.5 JORNADA COMO CLAUSULA PÉTREA.....	28
4 FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS.....	31
4.1 CONCEITO E FINALIDADE.....	31
4.1.1 Correntes teóricas.....	33
4.1.2 Causas da flexibilização.....	35
4.1.3 A flexibilização no direito brasileiro.....	36
4.1.4 Limites constitucionais.....	39

4.2 PRORROGAÇÃO DE JORNADA E HORAS EXTRAORDINÁRIAS.....	42
4.3 FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE REVEZAMENTO E INTERVALOS.....	45
4.4 JORNADA NO TRABALHO INTERMITENTE	48
5 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O tema Jornada de trabalho que será abordado trata de importante função do Direito, uma vez que o legislador produz leis e estas leis devem acompanhar as necessidades da sociedade, fato esse ratificado por Bannwart Júnior *et al.* (2013, p 12) em sua afirmação: “não há lacunas no Direito, não há situação sem solução”. Nesse sentido:

O tema da jornada ocupa, em conjunto com o tema referente ao salário, posição de nítido destaque no desenvolver da história do Direito do Trabalho. Salário e jornada sempre foram, de fato, os temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento desse ramo especializado do Direito. A relevância notável, e combinada, de tais figuras justralhistas ao longo dos últimos dois séculos não resulta de simples coincidência. É que, na verdade, jornada e salário têm estreita relação com o montante de transferência de força de trabalho que se opera no contexto da relação empregatícia. (DELGADO, 2012, p. 862).

Ao se examinar a evolução do trabalho humano e, por conseguinte, do direito do trabalho, constata-se que este ramo do Direito está em constante mudança com a sociedade. A relação de trabalho sofre uma constante mudança, fruto da evolução histórica, de mudanças econômicas, sociais e políticas, nem sempre sendo acompanhadas pela atualização das normas vigentes que ficam defasadas e efetivamente provoca o inverso no princípio da proteção à relação laboral. A inadequação resultante traz prejuízo aos trabalhadores, ao meio empresarial e em consequência um agravamento da crise econômica e social.

Já flexibilizar significa tornar flexível, maleável. Levando esta conceituação para a seara trabalhista, a Flexibilização do direito do trabalho importa na flexibilidade ou minimização de sua rigidez, haja vista a existência de novas condições das relações de trabalho a partir de modificações econômicas e sociais que prescindem relativização dos direitos trabalhistas, reduzindo ou, até mesmo, suprimindo vantagens concedidas aos trabalhadores para estabilidade da economia. Avaliando-se a flexibilização como instrumento de mudança:

A Flexibilização é o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresário, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social. (ROBORTELLA, 1994, p. 97).

Assim, a Flexibilização vem a ser a possibilidade de manter-se aberto uma constante possibilidade de negociação com os trabalhadores, alterando as condições de trabalho então dispostas para uma outra, que melhor adequue os contratos à conjuntura econômica.

No Brasil, a Flexibilização foi efetivamente reconhecida como norma constitucional nos artigos 1º e 7º da Constituição Federal de 1988, que, ao tratar dos “Direitos Sociais” defendeu, respectivamente, os “Valores sociais do trabalhador e da livre iniciativa” como fundamento, bem como reconheceu a possibilidade de exceção legal por meio de “negociação coletiva”. Na realidade brasileira, a Flexibilização deveria, até então, ser consignada por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, o que demonstra a presença obrigatória dos sindicatos dos trabalhadores em ambos e dos empregadores.

Já sob o enfoque da proteção à saúde do trabalhador, modernamente, o tema da Jornada ganhou importância ainda mais notável, transcendendo de sua importância meramente econômica:

Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais têm ensinado que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais — necessariamente — normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública. (DELGADO, 2012, p. 863).

Após a promulgação da reforma trabalhista, no entanto, a lei vigente passou a vislumbrar a flexibilização de quesitos concernentes à jornada laboral por acordos individuais de trabalho, sem a necessidade de instrumentos coletivos.

Destarte, o presente trabalho avalia a evolução do direito do trabalho ao longo do tempo, bem como as alterações trazidas pela reforma trabalhista na Jornada de trabalho, discorrendo sobre a importância da Jornada de trabalho no contexto de saúde e segurança do trabalhador, bem como discorrendo sobre os Limites Constitucionais pertinentes à sua Flexibilização.

Como isso, busca-se atingir o objetivo de verificar a real eficácia e os limites legais das novas modalidades de Jornada de trabalho materializadas pela reforma trabalhista de 2017. Para tanto, o trabalho apresenta-se em quatro capítulos.

No primeiro, abordam-se o desenvolvimento histórico e atual do Direito do Trabalho, com ênfase nos princípios que norteiam a norma trabalhista, bem como com uma exposição atinente à nova reforma trabalhista trazida pela Lei 13.467/2017.

No segundo capítulo discorre-se sobre a Jornada de trabalho, com ênfase nas definições e componentes da jornada, tratando sobre a duração do trabalho, jornada de trabalho, horário de trabalho, extrapolação de Jornada, intervalos laborais e tempos de trabalho útil e à disposição do empregador. Também se discorre sobre as regras gerais e especiais aplicáveis à jornada e à natureza das normas a respeito de jornada.

No terceiro capítulo, já com a sedimentação das definições acerca dos princípios laborais relativos à Jornada e seus Limites Constitucionais na aplicação da Flexibilização, discorre-se sobre a Flexibilização em si, dando ênfase a fatores que influenciam o Direito do Trabalho na relação entre empregado e empregador, aos limites de Flexibilização e às jurisprudências em formação acerca da Flexibilização aplicada à Jornada de trabalho, assim atingindo-se o ponto chave das Jornadas estendidas dos novos art. 58, 58-A, 59, 59-A, 611-A e da Jornada intermitente do art. 443 da CLT.

Por fim, o último capítulo trata sobre as principais conclusões atingidas com o presente trabalho, discorrendo-se sobre o instituto da Flexibilização, sobre a reforma trabalhista e sua efetiva aplicabilidade e pontos controversos frente à Jornada laboral.

2 O DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho é o conjunto de normas que regulam as relações de trabalho entre empregado e empregador, ocupando-se, ainda, da condição social dos trabalhadores. O conjunto de leis referentes ao Direito do Trabalho recebe o nome de legislação Trabalhista. Importante parcela da Legislação Trabalhista encontra-se reunida na Consolidação das Leis Trabalho que surge em 1943; é integrada ainda por regras constitucionais, e leis especiais, que dispõem sobre a teoria geral do Direito do Trabalho, o Direito Internacional do Trabalho, o Direito Individual do Trabalho, o Direito Sindical ou Coletivo, o Direito Público e o Direito Processual do Trabalho. Como preleciona Martins (2010, p. 11): “O Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas”.

O Direito do trabalho é um ramo muito dinâmico da ciência do Direito que vem se modificando constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho. Ao se examinar a evolução do trabalho humano e, por conseguinte, do direito do trabalho, constata-se que este ramo do Direito está em constante mudança com a sociedade. Diante disso, as normas trabalhistas vêm se amoldando às necessidades básicas dos trabalhadores, com escopo de atingirem a tão almejada paz e justiça social. Nesse sentido, Martins (2010, p. 17-18) define que: “A finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, porém não só essas situações, mas também condições sociais ao trabalhador. Assim, o Direito do Trabalho tem por fundamento melhorar as condições de trabalho dos obreiros e também suas situações sociais, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar seu papel na sociedade. O Direito do Trabalho pretende corrigir as deficiências encontradas no âmbito da empresa, não só que diz respeito às condições de trabalho, mas também para assegurar uma remuneração condigna a fim de que o operário possa suprir as necessidades de sua família na sociedade. Visa o Direito do Trabalho melhorar essas condições do trabalhador”.

2.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

É necessário tecer um retrospecto histórico do Direito do Trabalho, tendo em vista ser uma peça obrigatória na compreensão da dimensão de como se originou o trabalho humano nos tempos remotos. Para conceituar a origem do trabalho faz-se necessário a análise de alguns historiadores.

Martins (2010, p. 3), com propriedade, observa que, “É impossível compreender o Direito do Trabalho sem conhecer seu passado. Esse ramo do Direito é muito dinâmico, mudando as condições de trabalho com muita frequência, pois é intimamente relacionado com as questões econômicas”. Segundo historiadores, a palavra trabalho vem do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. O trabalho como atividade humana, ou seja, de que representava ele um esforço, um cansaço, uma pena e, até um castigo. Sociologicamente foi, efetivamente assim, sabendo-se que o trabalho era coisa de escravo, os quais no fundo pagavam seu sustento com o suor de seus rostos. Onde o escravo não tinha, pela sua condição, direitos trabalhistas. Como preleciona Martins (2010, p. 4): “A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do dominus. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar”.

Num segundo momento temos a servidão que era um tipo muito generalizado de trabalho em que o indivíduo, sem ter a condição jurídica de escravo, na realidade não dispunha de sua liberdade uma vez que, embora recebendo certa proteção militar e política prestada pelo senhor feudal dono das terras, os trabalhadores não tinham uma condição livre. Eram obrigados a trabalhar nas terras pertencente aos seus senhores. A servidão pode ser apontada como uma das características das sociedades romanas, que identificava os escravos não livres, dizendo que os homens eram livres ou escravos. Sua base legal estava na posse da terra pelos senhores, que tornavam os possuidores de todos os direitos, numa economia que se firmava na terra – agricultura ou pecuária. Os servos tinham de entregar parte da

produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebia e do uso da terra.

O trabalho nessa época era considerado castigo. Os nobres não trabalhavam. Num terceiro plano encontramos as corporações de ofício, com as corporações de ofício da Idade Média as características das relações de trabalho ainda não permitiram a existência de uma ordem jurídica nos moldes com que mais tarde surgiria o direito do trabalho. Houve, no entanto, uma transformação: a maior liberdade do trabalhador. Nas corporações de artesões agrupavam-se todos os tipos de artesões do mesmo ramo em uma localidade. Cada corporação tinha um estatuto com algumas normas disciplinando as relações de trabalho. Observam-se três modalidades de membros. Os mestres eram proprietários das oficinas, já tendo sido aprovados na confecção de uma obra mestra. Os companheiros eram trabalhadores livres que recebiam salário dos mestres tratando-se de grau intermediário surgido no século XIV. Os aprendizes eram menores que recebiam dos mestres o ensinamento metodológico do ofício ou profissão, podendo passar de grau de companheiro se superassem as dificuldades dos ensinamentos. Apesar da existência de maior liberdade ao trabalhador, as relações das corporações com os trabalhadores eram do tipo autoritárias, sendo mais destinadas à realização de seus interesses do que à proteção destes. O homem que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando como proveito a própria alimentação, o vestuário e a habitação, passou a exercer a sua profissão de forma organizada, mas ainda não gozavam de inteira liberdade

Segundo Nascimento (2003, p. 63): “Acrescente-se, ainda, na sociedade pré-industrial, outro tipo de relação de trabalho, a locação, desdobrando-se em dois tipos: a locação de serviço – *locatio operarum*, contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar serviços durante certo tempo a outra mediante remuneração e a locação de obra ou empreitada – *locatio operis faciendi*, que é o contrato pelo qual alguém se obriga a executar uma obra a outra pessoa mediante remuneração. A primeira, a locação de serviço, é apontada como precedente da relação de emprego moderna, objeto do Direito do Trabalho”. As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa, em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com a idade de liberdade do homem. Dizia-se, na época, que a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre indivíduo e Estado. Outras causas de

extinção das corporações de ofício foram a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações.

A Revolução Industrial, ocorrida no Século XVIII, foi a principal razão econômica que acarretou o surgimento do Direito do Trabalho, com a descoberta da máquina a vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fabricas e no meio de transportes, substituindo-se a força humana. A necessidade de pessoas para operar as máquinas a vapor e têxteis impôs a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado. A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Com o termino da Primeira Guerra Mundial, surge o chamado constitucionalismo social, significando a inclusão, nas Constituições, de disposições pertinentes à defesa de interesse social, inclusive garantindo direitos trabalhistas.

A primeira Constituição que dispôs sobre o Direito do Trabalho foi a do México, de 1917. O seu artigo 123 estabelecia: a Jornada diária se 8 horas; a Jornada máxima noturna de 7 horas; a proibição do trabalho de menores de 12 anos; a limitação da Jornada de menor de 16 anos para 6 horas; o descanso semanal; a proteção contra acidente no trabalho; o direito de greve, conciliação e arbitragem de conflitos; o direito à indenização de dispensa e seguros sociais.

2.2.1 Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil

No que diz respeito à evolução do direito do trabalho no Brasil, pode-se afirmar que aqui não se sentiu os impactos da Revolução Industrial como no resto do mundo. Não se previa a existência de relações de trabalho, pois ele era basicamente escravo, sendo que a economia girava em torno do ruralismo. Porém, nas cidades havia o trabalho artesanal, semelhante às corporações de ofício. Com a abolição da escravidão, em 1888, pôde-se começar a pensar em relações de trabalho regulamentadas, e fundadas na liberdade do trabalhador, tanto que na Constituição de 1891 podiam ser vistos sinais jurídicos de regulação do trabalho.

As transformações que vinham ocorrendo na Europa em decorrência da Primeira Guerra Mundial e o aparecimento da OIT, em 1919, incentivaram a criação de normas trabalhistas em nosso país. Existiam muitos imigrantes no Brasil que deram origem a movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e salário. Na contextualização das diferentes constituições brasileiras:

Dentre os diferentes aspectos que caracterizam as Constituições do Brasil, destaquem-se, na de 1934, o pluralismo sindical, autorização para criação, na mesma base territorial, de mais de um sindicato da mesma categoria profissional ou econômica, enquanto as demais adotariam o princípio do sindicato da mesma categoria profissional ou econômica, enquanto as demais adotariam o princípio do sindicato único. A de 1937 expressou a concepção política do Estado Novo e as restrições que impôs ao movimento sindical, segundo uma ideia de organização da economia pelo Estado, com um Conselho Nacional de Economia, o enquadramento dos sindicatos em categorias declaradas pelo Estado, nas quais foi proibido mais de um sindicato representativo dos trabalhadores, a proibição da greve como recurso antissocial e nocivo à economia e a continuidade da elaboração de leis trabalhistas de modo amplo. A de 1946 acolheu princípios liberais na ordem política, mas conservou, embora restabelecendo o direito de greve, as mesmas diretrizes, na medida em que não respaldou o direito coletivo do trabalho; destaque-se, na mesma Constituição, a transformação da Justiça do Trabalho, até então de natureza administrativa, em órgão do Poder Judiciário. A de 1967 exprimiu os objetivos dos governos militares iniciados em 1964 e introduziu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que havia sido criado por lei ordinária de 1966. A de 1988 valorizou o direito coletivo com a proibição da interferência do Poder Público na organização sindical, embora mantendo o sistema do sindicato único. Iniciou, desse modo, uma tentativa de ampliação dos espaços do movimento (NASCIMENTO, 2003, p. 50).

Com a Constituição de 1988, marcada pelo fim do regime militar, houve a consagração de diversos direitos trabalhistas como direitos fundamentais, fortalecendo os direitos individuais dos trabalhadores, e desatrelando do Estado os Sindicatos. Na Carta Magna, os direitos trabalhistas foram incluídos no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ao passo que nas Constituições anteriores os direitos dos trabalhadores sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social. Para alguns autores, o art. 7º da Lei Maior vem a ser uma verdadeira CLT, tantos os direitos trabalhistas nele albergados.

2.2 PRINCÍPIOS TRABALHISTAS

Diferentemente do Direito Civil, no Direito do Trabalho não existe isonomia material entre as partes do contrato, que é pressuposta nas relações civis, sendo o empregado tratado como parte hipossuficiente da relação. Isso significa que, juridicamente, o trabalhador sempre será a parte mais frágil deste contrato.

Para balizar a hipossuficiência jurídica, nossa Constituição apresenta patamar mínimo de direitos sociais a serem atendidos na relação trabalhista. Conforme Delgado (2013, p. 23): “Princípios, na linguagem jurídica, são “proposições gerais inferidas na cultura e ordenamento jurídicos que conformam a criação, revelação,

interpretação e aplicação do direito”. Destarte, os princípios trabalhistas são bases de aplicação e interpretação gerais que devem-se seguir enquanto se aplica, interpreta, e opera o Direito do Trabalho. Ainda segundo Delgado (2013, p. 24), pode-se dizer que os princípios têm três funções principais: 1) instrutiva, enquanto norteia o legislador para que este proponha leis que estejam alinhadas com os valores defendidos pelos princípios, 2) interpretativa: auxiliar diretamente os operadores do direito na prevenção e resolução de lides trabalhistas, e 3) integrativa: Uma vez que podem ser utilizados para preencher determinada lacuna legal.

2.2.1 Princípio *in dubio pro operário*

Este princípio recomenda que quando se estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação, e gere dúvidas, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador. Segundo Rodriguez (2002, p. 111): “Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto”.

Para Martins (2010, p. 68), este princípio “não é aplicado integralmente ao Processo do Trabalho, uma vez que, em caso de dúvida, deve-se verificar qual das partes possui o ônus da prova no caso concreto”, conforme estabelece o art. 818 da CLT, “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. No direito privado, em caso de dúvida, interpretam-se as normas de forma que se beneficie o réu (o devedor), em deficiência do autor (credor). Já no Direito do Trabalho ocorre o inverso: em caso de dúvida, interpreta-se a norma de forma mais favorável ao credor, que é o trabalhador. É, novamente, a busca do direito em beneficiar aquele que se entende como hipossuficiente da relação jurídica. Este princípio surge com fins sociais, e assemelha-se muito, em seus objetivos, ao *princípio in dubio, pro reo* do Direito Penal.

2.2.2 Princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador

Como observa Delgado (2012, p. 195): “Na pesquisa e eleição da regra mais favorável, o interprete e aplicador do Direito obviamente deverá se submeter a algumas condutas objetivas, que permitam preservar o caráter científico da compreensão e apropriação do fenômeno jurídico. Assim, haverá de ter em conta não o trabalhador específico, objeto da incidência da norma em certo caso concreto, mas o trabalhador como ser componente de um universo mais amplo (categoria profissional, por exemplo) ”.

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: Primeira, é o princípio de elaboração de normas jurídicas, significando que, as leis devem dispor no sentido de aperfeiçoar o sistema, favorecendo o trabalhador, só por exceção afastando-se desse objetivo; a segunda função é hierárquica, é princípio de hierarquia entre as normas; é necessário estabelecer uma ordem de hierarquia na aplicação desta; assim, havendo duas ou mais normas estatais, ou não estatais, aplica-se que mais beneficiar o empregado; a terceira função é interpretativa, para que, havendo obscuridade quanto ao significado desta, prevaleça a interpretação capaz de conduzir o resultado que melhor se identifique com o sentido social do Direito do Trabalho.

2.2.3 Princípio da primazia da realidade

A primazia da realidade está relacionada ao privilégio da verdade real no caso de desacordo entre a realidade fática e o que nos transmite os documentos. No Direito do trabalho, os fatos são mais importantes que os documentos, sendo assim, o que deve ser observado realmente são as condições que de fato demonstrem a existência do contrato de trabalho. Segundo Martins (2010, p. 3), “[...] são privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma e a estrutura empregada”. Além disso:

O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito

para contrato temporário), o interprete e aplicação do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivamente a conduta especificada pela legislação (DELGADO, 2012, p. 203).

Segundo Farache (2010), o fundamento deste princípio, por sua vez, é simples. Em primeiro lugar, se não houvesse o princípio da primazia da realidade, seriam inócuas muitas das medidas de proteção adotadas pelo legislador, pois seria fácil se burlar todo o sistema legal criado em prol do obreiro. Em segundo lugar, a primazia da realidade resulta do princípio da boa-fé, que inspira e sustenta toda a ordem jurídica, como uma exigência indispensável da própria ideia de justiça. Assim sendo, preserva-se o triunfo da verdade sobre qualquer intento ou tentativa de se apartar dela. Em terceiro lugar, há que se respeitar a dignidade da atividade humana. Para tanto, há que se lembrar o contrato de trabalho trata-se uma relação de trato sucessivo, na qual ocorrem frequentes modificações. Por conseguinte, as alterações contratuais devem condizer com a documentação existente, caso contrário deve-se partir para o que realmente está acontecendo. Em quinto lugar, não se pode nunca esquecer a situação de desigualdade jurídica e econômica existente entre as partes de uma relação jurídica laboral.

2.2.4 Princípio da continuidade da relação de emprego

A base desse princípio é a prerrogativa que a base do contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, não se esgotando mediante de certo ato. Destarte, informa que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, pelo qual há a presunção de que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, excetuando-se os contratos a prazo determinado ou temporário. Segundo Martins (2010, p. 25), “[...] o intuito é preservar o contrato de trabalho do trabalhador com a empresa, coibindo-se atitudes prejudiciais ao obreiro, como por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado”.

Em complemento material ao citado princípio, a súmula 212 do TST define que: "o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

2.2.5 Princípio da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador

Delgado (2012, p. 197) esclarece que: “Incorporado pela legislação (art. 468, CLT) e jurisprudência trabalhistas (Súmula 51, I, e 288, TST), o princípio informa que cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser supridas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas (direito adquirido) em face de qualquer subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou regulamento de empresa (evidentemente que a alteração implementada por norma jurídica submeter-se-ia a critério analítico distinto)”.

Já conforme texto da Súmula 51 do TST: “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”. Destarte, o princípio tem sua síntese a prerrogativa de que, na mesma relação de emprego, uma vantagem já conquistada não deve ser reduzida. É a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da constituição federal).

2.3 REFORMA TRABALHISTA DA LEI Nº 13.467/2017

A reforma trabalhista trazida pela lei nº 13.467/2017, com entrada em vigor a partir de 11/11/2017, possui 6 artigos e altera mais cem pontos da CLT, com várias mudanças instituídas sobre pontos chave relativos a Banco de Horas, Contribuição Sindical, Convenções e Acordo Coletivos, Danos Morais, Acordo entre as partes para Demissão sem justa Causa, Valores de multa de falta de registro de empregado, Férias, Trabalho de gestante em locais Insalubres, Trabalho em Casa, Horas Extras, Intervalo Intrajornada, Intervalo para amamentação, Jornada de Trabalho 12 x 36, Valor das Multas Administrativas, Prorrogações de Jornada em locais insalubres, Prêmio, Ajuda de Custo e Diárias de Viagem, Quarentena para reconstrução de terceirizado, Reclamatória Trabalhista, Trabalhador Autônomo, Trabalho em Tempo Parcial, Trabalho Intermitente, Hora *in itinere*, e fornecimento de uniformes.

Entre os principais pontos de interesse ao presente trabalho, a nova lei traz o conceito de flexibilidade de Jornada diária com a alteração dos art. 59, 59-A e 59-B da CLT: Anteriormente, a legislação estabelecia a Jornada normal de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais, podendo haver até 4 horas extras na semana,

sendo que não mais de 2 horas extras por dia. Após o advento da reforma trabalhista, foram alterados aspectos da Jornada de forma a possibilitar maior flexibilidade para compensação das horas extras do banco de horas (Art. 59A), extensão da Jornada diária para até 12 horas (turnos 12x36, Art. 59B) e implementação do contrato de trabalho intermitente. Em complemento, a CLT já permitia a instituição de banco de horas como alternativa ao pagamento de horas extras, porém de maneira restritiva, mediante convenção ou acordo coletivo. Com a reforma, o banco de horas poderá ser firmado por acordo individual, diretamente entre funcionário e patrão.

Nesse sentido:

No que se refere à jornada de trabalho, as mudanças introduzidas pela Lei 13.467/2017 operam fundamentalmente em dois sentidos: flexibilização da jornada e redução direta de custos, reduzindo a porosidade do trabalho. O primeiro sentido decorre da necessidade de o trabalhador estar permanentemente disponível para o empregador. Acompanhando as oscilações da produção, o trabalhador tem sua jornada reduzida ou estendida, sem ter controle sobre seu tempo de trabalho, o que resulta em redução indireta de custos para o empregador. O aumento da disponibilidade do trabalhador para com o empregador se dá via ampliação da compensação de horas extras (banco de horas), generalização da possibilidade de jornada de 12 por 36 horas, alargamento do conceito de regime de tempo parcial e introdução do contrato com jornada intermitente de trabalho, essas duas últimas medidas já analisadas anteriormente. O segundo sentido da reforma é de teor mais prático: redução direta de custos do empregador, mediante a retirada de tempo computado como jornada de trabalho. (TEIXEIRA *et al.*, 2017, p. 74).

Em relação ao intervalo intrajornada, a CLT previa período de descanso de, no mínimo, uma hora, para Jornadas superiores a 6 horas. Já conforme alterações dos art. 71 e 611-A da CLT, para Jornada acima de 6 horas o período de descanso (intervalo intrajornada) é de, no mínimo, 30 minutos, desde que negociado entre empregado e empregador. Se não for concedido o descanso, a empresa pode ser condenada a pagar apenas o tempo suprimido (diferença entre o tempo concedido e o tempo efetivo de descanso), calculados com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal.

Em relação ao trabalho em tempo parcial, as alterações nos art. 58-A, § 4º do art. 59 e art. 143, § 3º da CLT culminaram que, anteriormente com Jornada em tempo parcial definida como aquela de até 25 horas semanais e sem horas extras, com as alterações o empregado em tempo parcial pode laborar em 2 modalidades

distintas: até 30 horas semanais, sem possibilidade de fazer horas extras, ou com 26 horas semanais, com possibilidade de fazer até 6 horas extras.

Por fim, com a edição do art. 443 da CLT, a figura jurídica do trabalho intermitente foi criada, sendo que anteriormente não existia qualquer previsão legal. Essa nova modalidade de trabalho é definida conforme § 3º do art. 443 da CLT: “Considera-se como intermitente 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”. Também, conforme art. 452 da CLT: “O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não”.

Avaliando-se a reforma trabalhista e seu impacto na terceirização e Jornada de trabalho, analisa-se relevante artigo:

Em relação à jornada de trabalho, observa-se que 85,9% dos trabalhadores terceirizados possuem jornada contratada na faixa de 41 a 44 horas semanais contra 61,6% no caso dos empregados dos tomadores de serviços.¹⁵ Ademais, em pesquisa realizada, verificou-se que os trabalhadores terceirizados realizam jornada de trabalho pelo menos três horas superiores à jornada contratada. Esse aumento de jornada, praticado continuamente, sem gozo seguro de férias, aprofunda o esgotamento físico e mental e favorece maior ocorrência de adoecimentos profissionais. Ao final dos contratos de menor duração, os trabalhadores terceirizados ainda se sujeitam a maior inadimplência de direitos rescisórios (aviso prévio, indenização, férias e décimo terceiro proporcionais etc.). Principalmente nos setores de vigilância e asseio e conservação, o desrespeito aos direitos dos empregados é constante, porque “[...] a empresa ‘desaparece’ e os trabalhadores(as) não recebem as verbas indenizatórias às quais têm direito com o fim do contrato.” Isso viola o direito à remuneração justa e proporcional ao trabalho realizado, previsto nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como veremos. Concluiu-se, portanto, que a remuneração e as condições de trabalho dos terceirizados são bastante inferiores do que aquelas verificadas entre os empregados dos tomadores de serviços (PORTO, 2017, p. 156).

A autora complementa sua análise, concluindo que, enquanto ampliou as possibilidades jurídicas da terceirização ao estende-las para as atividades-fim das empresas, os dispositivos da nova lei trabalhista violam o direito à igualdade formal e material previsto nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, fomentando a discriminação por situação econômica, em função de sua

possibilidade de aumento de Jornada sem a conseqüente ampliação de salário e a devida proteção em sua saúde e segurança.

Já Rangel (2017, p. 119) conclui acerca da ampliação do instituto da Flexibilização negativa trazida pela reforma, uma vez que a Flexibilização não pode ser abrupta e agressiva, bem como deverá ser negociada e observar o Princípio da Adequação Setorial Negociada, de forma a ter, como objeto de negociação, única e exclusivamente, os direitos de indisponibilidade relativa, dando respaldo também à valorização do trabalho e à dignidade da pessoa humana.

A título de exemplo quanto aos direitos de indisponibilidade relativa, também se destaca:

Estas assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato etc.), quer pela existência de expresse permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88). (DELGADO, 2012, p. 1416).

Destarte, mesmo na ocorrência de flexibilizações negativas, como a exemplo da possibilidade de redução salarial frente a eventos de crise, ou de contratos intermitentes, é importante que se observe a indisponibilidade absoluta dos Limites Constitucionais relativos à saúde e segurança do trabalhador.

No contexto histórico e político da reforma trabalhista, apesar de não mais válida, é também importante citar a Medida Provisória 808/2017, que viria a trazer as medidas então controversas durante a votação da reforma trabalhista.

Em relação à MP 808/17, promulgada em 14 de novembro de 2017, três dias após a vigência da reforma trabalhista, o texto trouxe alterações significativas ao texto original da lei 13.467/17, como, por exemplo a proibição de se estabelecer jornada 12x36 mediante acordo individual, a definição de regras para casos de transição do contrato de trabalho padrão para intermitente e a aplicação intertemporal aos contratos vigentes. Porém, por não ter sido votada, não possui mais validade a partir de 23 de abril de 2018, sendo, portanto, válida a integralidade do texto da reforma trabalhista promulgada pela lei nº 13.467/2017.

3 JORNADA DE TRABALHO

Os temas Jornada e salário ocupam posição de destaque na história do Direito do Trabalho, pois foram os temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram a construção e desenvolvimento do ramo juslaboral especializado do direito. Jornada e salário têm estreita relação com o montante de transferência de força de trabalho que se opera no contexto da relação empregatícia. Conforme Maranhão (1987, p. 83), “seria o salário o preço atribuído à força de trabalho alienada, ao passo que a Jornada despontaria como a medida dessa força que se aliena”. Além disso, conforme Delgado (1996, p. 67), “Mais do que isso: não há norma ampliadora ou redutora da Jornada que não tenha influência automática no montante salarial relativo devido ao empregado. Nesse quadro, caso se reduza a Jornada padrão no contexto de certa categoria ou grupo de trabalhadores - sem norma negocial autorizativa da redução correspondente de salários -está-se elevando, automaticamente, o preço relativo da força de trabalho contratada, através do aumento do respectivo salário hora”.

Em tempos atuais, o tópico Jornada teve sua relevância elevada devido aos avanços da saúde e segurança do trabalho, pois a extensão do contato com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração de seu potencial efeito insalubre. Assim, as normas jurídicas concernentes à Jornada não são - necessariamente - normas estritamente econômicas, já que podem alcançar, em certos casos, o caráter determinante de normas de medicina e segurança do trabalho, portanto, normas de saúde pública. Nesse mesmo sentido, há muito tempo a doutrina afirma que a restrição da Jornada de trabalho possui diversos fundamentos, sendo que Garcia (2012, p. 831) destaca cinco, a saber: "a. natureza psíquica ou psicológica; b. natureza física; c. natureza social; d. natureza econômica; e. natureza humana". Em relação ao fundamento de natureza humana, destaca o autor que a mesma deve ser exposta “[...] uma vez que o trabalhador, para ter a sua dignidade preservada, não pode ser exposto a Jornadas de trabalho extenuantes, o que afetaria a sua saúde e colocaria em risco a sua própria vida, inclusive em razão de riscos quanto a acidentes de trabalho”. Pode-se afirmar que, dentre as cinco espécies de fundamento apresentadas, três estão relacionadas à preocupação com a saúde do empregado, por trazerem consequências diretas ou indiretas para a saúde física e mental do obreiro.

3.1 DEFINIÇÕES RELATAS À JORNADA LABORAL

No estudo do tema Jornada de trabalho, três expressões comumente se observam, tratando-se de conceitos correlatos de importância na análise do fenômeno: duração do trabalho, Jornada de trabalho e, por fim, horário de trabalho.

3.1.1 Jornada de Trabalho

O termo “Jornada de trabalho” tem sentido distinto da duração total do trabalho, abarcando restritivamente o tempo em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência do contrato. Em resumo, trata-se do tempo útil em que o empregador pode utilizar da força de trabalho de seu empregado. Conforme Delgado (1996, p. 67): “Originalmente o período considerado pelo conceito de Jornada seria o lapso temporal diário (Jornada diária), em face da expressão primitivamente referir-se ao dia (giornata - giorno). Hoje, contudo, confere-se à expressão, na órbita juslaboral, a flexibilidade necessária para abranger, além da ideia de Jornada diária, as noções de Jornada semanal e mesmo Jornada mensal”.

Embora a Jornada de trabalho refira-se ao tempo à disposição do empregador, o avanço do Direito do Trabalho tem produzido a inserção de certos curtos períodos de intervalos intrajornadas dentro do conceito de Jornada, destarte também se incluindo no conceito de Jornada de trabalho os tempos de descanso remunerados tido como contratuais - ou "tempo de serviço", mas que, dentro do horário de trabalho, o empregado não labora nem sequer fica à disposição empresarial.

Ainda no tópico de Jornada, é também importante mencionar o relevante caso particular da Jornada de revezamento 12x36, já que a formalização da mesma foi impactada diretamente pela reforma trabalhista. Conforme Vasconcellos (2004, p. 699), o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso foi introduzido no sistema hospitalar pelo menos a partir de 1987, e na categoria de vigilantes esteve presente desde 1996. Neste regime, o trabalhador labora por 12 (doze) horas e folga por 36 (trinta e seis) horas.

3.1.2 Duração da Jornada

O termo “duração do trabalho” engloba todo o período decorrente do contrato de trabalho, inclusive os intervalos intrajornada e interjornada, lapsos temporais relativos a repouso semanal, feriados e até mesmo férias. A expressão, portanto, tem sentido amplo, não se restringindo somente ao período de disponibilidade do trabalhador perante seu empregador.

A CLT regula a duração do trabalho em capítulo próprio (II — “Duração do Trabalho” —, no Título II, “Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”), composto pelos artigos 57 até 75-E, os quais tratam da Jornada, da duração semanal de labor, dos intervalos intrajornada e interjornada, dos repousos trabalhistas, do trabalho noturno, do quadro de horário, das penalidades e da modalidade de teletrabalho.

3.1.3 Horário de trabalho

Conforme Maranhão (1987, p. 84), a expressão horário de trabalho traduz, rigorosamente, o lapso temporal entre o início e o fim de certa Jornada laborativa.

Destarte, o termo “horário de trabalho” traduz a janela temporal entre o início e término de uma Jornada diária. O horário corresponde, assim, à delimitação do início e fim da Jornada, computando-se os intervalos intrajornada. Tem-se utilizado a expressão para abranger também o parâmetro semanal de trabalho (horário semanal). Em tal amplitude, o horário corresponderia à delimitação do início e fim da duração diária de trabalho, com respectivos dias semanais de labor e correspondentes intervalos intrajornadas.

3.1.4 Horas *in Itinere*

As horas *in itinere*, (originalmente referidas pelas Súmulas 90, 320, e antigas 324 e 325 do TST) referem-se ao tempo de deslocamento de trabalhador, para empresa de difícil acesso, quando o transporte é fornecido pela empresa. Sua definição e aplicabilidade são claramente delineadas pela atual Súmula 90 do TST:

Súmula nº 90 do TST

HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". (ex-Súmula nº 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Destarte, conforme definição prévia à reforma trabalhista, considera-se integrante da Jornada laborativa o período que o obreiro despendia no deslocamento ida-e-volta para local de trabalho considerado de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, desde que transportado por condução fornecida pelo empregador.

No entanto, observa-se o novo § 2º do art. 58 da CLT, após a reforma trabalhista: "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".

Nesse sentido, observa-se o seguinte entendimento proferido no enunciado 16 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho durante a 2ª jornada de direito material e processual do trabalho (ANAMATRA, 2017):

ENUNCIADO 16. HORAS DE TRAJETO: HIPÓTESES DE CÔMPUTO NA JORNADA APÓS A LEI 13.467/2017

1. A ESTRUTURA NORMATIVA MATRIZ DO ART. 4º DA CLT CONTEMPLA A LÓGICA DO TEMPO À DISPOSIÇÃO, NÃO ELIMINADA A CONDIÇÃO DE CÔMPUTO QUANDO SE VERIFICAR CONCRETAMENTE QUE O TRANSPORTE ERA CONDIÇÃO E/OU NECESSIDADE IRREFUTÁVEL, E NÃO DE ESCOLHA PRÓPRIA DO EMPREGADO, PARA POSSIBILITAR O TRABALHO NO HORÁRIO E LOCAL DESIGNADOS PELO EMPREGADOR, MANTENDO-SE O PARÂMETRO DESENVOLVIDO PELA SÚMULA 90 DO TST, CASO EM QUE FARÁ JUS O TRABALHADOR

À CONTAGEM, COMO TEMPO DE TRABALHO, DO TEMPO DE DESLOCAMENTO GASTO EM TRECHO DE DIFÍCIL ACESSO OU SEM TRANSPORTE PÚBLICO POR MEIO FORNECIDO PELO EMPREGADOR, NA IDA OU RETORNO PARA O TRABALHO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, C, DA CONVENÇÃO 155 DA OIT. 2. INAPLICABILIDADE DO §2º DO ART. 58 DA LEI 13.467/2017 AO TRABALHO EXECUTADO NA ATIVIDADE RURAL. (ANAMATRA, 2017).

Assim, se observa que, apesar da clara e objetiva redação do novo § 2º do art. 58 da CLT no sentido de supressão do cômputo do tempo do deslocamento externo (horas *in itinere*) de locais de difícil acesso e com transporte provido pelo empregador, existe evidente formação jurisprudencial em andamento no sentido de manutenção do cômputo do tempo de deslocamento quando se verificar concretamente que o transporte era condição do trabalho, e não escolha do empregado, como a exemplo de frentes rurais de trabalho em locais variados, em clara aplicação dos Limites Constitucionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador, e com aplicação complementar dos princípios da norma mais favorável ao trabalhador e da primazia da realidade.

3.1.5 Intervalos intrajornada e interjornada

Intervalos intrajornadas são curtos períodos de descanso ocorridos no interior da Jornada de trabalho, como por exemplo o intervalo para refeição. Já os intervalos interjornada são períodos de descanso mais extensos que separam Jornadas distintas de trabalho e não se consideram tempo à disposição do empregador, como a exemplo do tempo de separação entre um dia e outro, no caso do trabalho diário habitual.

O Art. 66 da CLT disciplina sobre a concessão de intervalos intrajornada para descanso e alimentação. Destarte, dois tipos de intervalos que podem ser concedidos ao empregado: O primeiro refere-se ao empregado que labora de quatro a seis horas diárias, tendo este direito à 15 (quinze) minutos de intervalo para descanso e alimentação. Para os empregados que laboram mais que 6h por dia, é assegurado um descanso de no mínimo uma, e no máximo duas horas. Já o intervalo interjornada é positivado pelo art. 66 da CLT, o qual determina um período mínimo entre duas Jornadas de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

3.2 COMPOSIÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Conforme Delgado (2012, p. 868), os critérios principais de cálculo da extensão da Jornada de trabalho são o do tempo efetivamente laborado, o do tempo à disposição no centro de trabalho e, finalmente, o do tempo dispendido no deslocamento residência-trabalho-residência. Ainda, somados a esses três critérios mais gerais, há ainda dois outros de caráter especial, a saber o critério do tempo de prontidão (ou horas prontidão) e o do tempo sobreaviso (horas sobreaviso).

3.2.1 Critérios de fixação da jornada

O primeiro critério, tempo efetivamente laborado, considera como componente da Jornada apenas o tempo efetivamente trabalhado pelo obreiro. Assim, com base nesse critério, excluem-se do cômputo da Jornada o tempo à disposição sem labor, e/ou eventuais paralisações laborais, a exemplo da falta de materiais e/ou escassez de vendas. Conforme Delgado (2012, p. 869): “Evidente que tal critério opera uma necessária assunção, pelo obreiro, de parte significativa do risco empresarial, uma vez que o salário somente seria pago em direta proporção ao real trabalho prestado. Por essa razão é que semelhante critério tende a ser rejeitado pelas modernas ordens justralhistas”.

No entanto, é importante citar que esse critério, até então rejeitado pela norma jus-trabalhista, tem encontrado cada vez mais aceitação com a Flexibilização da norma trabalhista. São exemplos nesse sentido o sistema de cálculo salarial estritamente por peça (respeitado o mínimo legal a cada mês: art. 7a, VII, CF/88; art. 78, CLT), previsto anteriormente à reforma trabalhista de 2017, e finalmente o contrato de trabalho intermitente, agora previsto no art. 443 da CLT e que efetivamente transfere parte do risco do negócio ao empregado, uma vez que prevê a possibilidade de Jornada laboral do empregado somente em período de demanda efetiva laboral por parte do empregador.

Como segundo critério, o tempo à disposição é considerado como todo o tempo à disposição do empregador, independentemente da efetiva prestação laboral. Amplia-se, portanto, a composição da Jornada. Ressalva-se que, mesmo após a reforma trabalhista de 2017, o critério “tempo à disposição” prevalece-se como critério predominante para cômputo da Jornada de trabalho laboral.

Complementa-se que o presente critério também abarca o tempo residual constante de cartão de ponto, caso excedente de 5 minutos, conforme art. 58, §º 1 da CLT e Súmula 366 do TST, bem como também abarca o período necessário de deslocamento interno, entre a portaria da empresa e o local de trabalho, conforme Súmula 429 do TST. Nesse sentido, diferentemente do tempo de deslocamento externo, o qual foi explicitamente tratado pela reforma trabalhista, o tempo de deslocamento interno ainda prescinde de modulação frente à nova ótica de Flexibilização da reforma trabalhista:

Com a alteração legislativa e a utilização dos termos “caminhando” e “até a efetiva ocupação do posto do trabalho” na nova redação do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT, é possível uma nova interpretação, onde esse tempo previsto pela súmula 429 do TST não seria considerado como tempo à disposição do empregador, não sendo, portanto, computado na jornada do empregado. Essa interpretação seria possível para aqueles que defendem que o deslocamento da portaria até o posto do trabalho era considerado como horas *in itinere*, ou ainda que a previsão do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT seria uma disposição especial expressamente consignada. Ao se basear no artigo 4º da CLT, pode ser ainda mantida a outra linha de interpretação que defende que o deslocamento é tempo à disposição do empregador, e que deve ser considerado como tempo de efetivo serviço, já que ao passar pela portaria da empresa o empregado estaria executando a ordem de se deslocar até um determinado local para realização de suas atividades. Resta, portanto, aguardar o posicionamento jurisprudencial após o início da vigência da reforma trabalhista para saber qual linha de interpretação será adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho. (JOTA, 2017).

O terceiro critério, o do tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência, foi devidamente tratado no item 3.1.4, relato às horas *in itinere*. Saliencia-se que o critério, deveras controverso após a reforma trabalhista, apresentava-se como condicional de integrante da Jornada laborativa o período que o obreiro despenda no deslocamento ida-e-volta para local de trabalho, desde que este local considerado de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e desde que transportado por condução fornecida pelo empregador.

Como primeiro critério de caráter especial, o tempo de prontidão compreende o tempo em que o empregado aguarda, nas dependências do local de prestação laboral, ordens do empregador, porém sem executar qualquer prestação laboral. Conforme Delgado (2012, p. 873) “Por tempo de prontidão compreende-se o o período tido como integrante do contrato e do tempo de serviço obreiro em que o ferroviário fica nas dependências da empresa ou via férrea respectiva (a CLT fala “dependências da Estrada”), aguardando ordens (§ 3º, art. 244, CLT) ”.

Já o segundo critério de caráter especial, o tempo de sobreaviso compreende o tempo em que o empregado aguarda, em suas próprias dependências, ordens do empregador. Conforme Delgado (2012, p. 874) “Aqui a lei cria outra noção intermediária entre o tempo laborado ou à disposição e o tempo extracontratual: o obreiro tem sua disponibilidade pessoal relativamente restringida (afinal, tem de permanecer em sua residência, aguardando o chamado para o serviço), razão por que o Direito, mais uma vez, confere consequência contratual a este período. Contudo, o trabalhador não está efetivamente laborando, o que faz com que a consequência contratual não seja também plena”. Nesse sentido:

Súmula nº 428 do TST
 SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT
 (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) -
 Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
 I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela
 empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido
 a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados,
 permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer
 momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Assim, a Súmula 428 é clara em sua interpretação por analogia do tempo de sobreaviso ao tempo de prontidão, desde que o empregado, em regime de sobreaviso, indubitavelmente aguarde ser acionado pelo empregador, em regime de plantão, assim afastando a mera utilização de tecnologia (celular, aplicativos digitais, etc.) no enquadramento absoluto de sobreaviso.

3.2.2 Composição da jornada

A partir dos critérios de fixação da Jornada anteriormente avaliados, faz-se a composição da Jornada de trabalho, levando-se em conta os lapsos temporais eleitos pelo direito como parte integrante da Jornada do empregado. Tais lapsos, conforme Delgado (2012, p. 877), “serão períodos de trabalho efetivo ou serão períodos tidos como à disposição plena ou parcial do empregador. Ao lado desses critérios enfocados, há que se aduzir o tratamento especial conferido pela ordem justalhistista a alguns poucos intervalos intrajornada, tidos como tempo de serviço, mas sem que o obreiro efetivamente trabalhe ou se coloque à disposição do empregador”.

Destarte, a Jornada de trabalho será composta de um tronco básico e de alguns componentes suplementares. O tronco básico, conforme já elencado nos critérios de fixação gerais, é elemento natural do contrato de trabalho, limitando-se aos limites de Jornada laborais pactuados no contrato de trabalho, ao passo que os componentes suplementares são elementos acidentais desse contrato, que existem apenas em decorrência da prestação de serviços concretizando-se sob determinadas circunstâncias ou cláusulas especiais. Como exemplo meramente ilustrativo de componentes do tronco básico, incluem-se o horário habitual de expediente laboral, tempo de deslocamento interno, bem como os intervalos remunerados, como a exemplo da pausa de descanso para as atividades de entrada de dados, conforme item 17.6.4 da NR-17 e art. 72 da CLT.

Já o tronco suplementar caracteriza-se como elemento incidental do contrato de trabalho, via de regras caracterizadas como salário-condição, assim compreendendo períodos à disposição plena ou mesmo parcial do empregador reconhecidos pelos critérios de composição de Jornada que caracterizam o Direito do Trabalho, como a exemplo das horas extraordinárias, tempo de sobreaviso, tempo itinerante de deslocamento externo, ou o tempo de prontidão. Tais componentes suplementares, via de regra, não integram o contrato de trabalho, desde que não apresentem positividade em sua habitualidade. Caso eventuais, não terão o condão de integrarem-se ao contrato, não adquirindo o efeito expansionista circular dos salários, e não produzindo reflexos sobre outras verbas contratuais.

3.3 JORNADA EXTRAORDINÁRIA

A Jornada extraordinária, elencada pelo art. 59 da CLT, é aquela que excede a duração diária do trabalho. Conforme Delgado (2012, p. 921), Jornada extraordinária define-se como o “lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a Jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual”.

É importante elencar que muito se confunde acerca dos institutos da Jornada extraordinária e da remuneração adicional de sobrejornada, conforme elencado pelo § 1º do art. 59 da CLT, porém é perfeitamente viável que se tenha Jornada extraordinária sem o respectivo adicional pecuniário, como é o caso, por exemplo, dos regimes de compensação, conforme elencado no § 2º do art. 59 da CLT. Nesse

sentido, segundo Nascimento (1994, p. 251): “A noção de jornada extraordinária não se estabelece em função da remuneração suplementar à do trabalho normal (isto é, pelo pagamento do adicional de horas extras). Estabelece-se em face da ultrapassagem da fronteira normal da Jornada”.

É importante notar que várias expressões são utilizadas como sinônimas para a extrapolação de Jornada: Jornada extraordinária, Jornada suplementar (ou trabalho extraordinário ou suplementar), sobrejornada, horas extras, sobretempo, etc. No entanto, a CF/88, ao positivizar o tema, referiu-se apenas a dois tipos de sobrejornada: a suplementar por acordo de compensação (art. 7º, XIII) e a sobrejornada extraordinária (art. 7º, XVI). Não mencionou a Constituição a Jornada meramente suplementar por acordo bilateral ou coletivo. Conforme Delgado (2012, p. 922), “Esta omissão constitucional tem conduzido à ponderação de que a nova Constituição pretendeu restringir a situações estritamente excepcionais, no país, a prática lícita de prestação de efetivas horas extras (já que o regime de compensação não enseja reais horas extras, considerada a duração padrão semanal ou mensal do labor)”. Assim, extrai-se do apresentado que, em função dos Limites Constitucionais relatos à saúde e segurança do trabalho, bem como aos princípios da norma mais favorável ao trabalhador e da primazia da realidade, as horas meramente suplementares que não sejam resultantes de acordo de compensação seriam consideradas irregularidade trabalhista.

3.4 REGRAS GERAIS E ESPECIAIS APLICÁVEIS À JORNADA

A gama normativa incidente sobre a Jornada de trabalho é deveras diversa. Por se tratar de um campo do Direito com extenso poder normativo coletivo autônomo, o Direito do Trabalho apresenta, não raramente, diversos conflitos normativos entre as normas jurídicas heterônomas estatais e o conjunto normativo coletivo no tocante à Jornada de trabalho. Nesse embate entre os padrões normativos relativos à Jornada de trabalho, um questionamento se destaca: Qual é a natureza jurídica das normas relativas à Jornada? A resposta certamente apresentase com o conseqüente espaço à suplantação concreta dessas normas pelos agentes coletivos privados envolvidos com a relação de emprego.

3.4.1 Natureza das normas a respeito de jornada

O Direito do Trabalho, segundo se sabe, mostra-se como um ramo do direito privado, tal qual hoje defendido pela maioria da doutrina:

A segunda corrente, defendida por Sérgio Pinto Martins, Hugo Cueiros, Rodrigues Pinto e Délio Maranhão, classifica o Direito do Trabalho como de natureza privada, já que decorre de um contrato feito entre particulares, normalmente sujeitos privados. (CASSAR, 2013, p. 10).

Apesar de as bases estarem fincadas no Direito Civil, que traz o instituto do contrato, no Direito do Trabalho há um diferencial que não se vê naquele. Se lá vigora o reconhecimento de que as partes contratantes são iguais juridicamente, sendo que o pactuado deve ser cumprido, na disciplina laboral as regras são relativizadas, uma vez que se reconhece, de imediato, a desigualdade entre os contratantes.

Isso faz com que, apesar de o direito laboral ser reconhecido como um ramo do direito privado, existem normas que demonstram, conforme Cassar (2013, p. 11): "[...] um dirigismo estatal, uma intervenção do Estado nas relações particulares e privadas", assim buscando trazer equilíbrio à relação jurídica.

Conforme Klippel (2016, p. 59), "Essa necessidade de se buscar o reequilíbrio parte da premissa de que se está lidando, de um lado com o empregado hipossuficiente e, de outro, com o empregador que quer impor a sua vontade". Assim, apesar de sua natureza originalmente privada, o Direito do Trabalho é um direito regulamentado por lei, isto é, com cláusulas legais mínimas balizadas em Limites Constitucionais.

Sobre a natureza das normas trabalhistas, Süsskind (2004, p. 124) as dividia em normas de direito privado e de direito público, sendo que as primeiras estavam relacionadas ao contrato individual de trabalho e as demais, de direito público, à tutela do trabalho, inspeção do trabalho e às de direito processual do trabalho. Além disso, o autor afirma que:

Tais normas são de caráter imperativo, de ordem pública e, em princípio, irrenunciáveis, sendo que a inobservância ou violação das mesmas enseja a aplicação de multas recolhidas em favor do próprio Estado — sintoma que bem caracteriza a intensidade de interesse do Estado, sua presença na aplicação dos preceitos que impõe e a relação de subordinação a que já aludimos. A tendência, já adotada pela Constituição de 1988 (art. 72, VI, XIII

e XIV), de permitir a flexibilização de direitos sob tutela sindical não desfigura o caráter público das respectivas normas legais. (SÚSSEKIND, 2004, p. 125)

Com a mesma ótica aplicada à Jornada laboral, Klippel (2016, p. 60) afirma que: “Destarte, pode-se adiantar e dizer que as normas relacionadas à tutela do trabalho, em especial, aquelas que tratam da limitação da jornada de trabalho e dos períodos de descanso, são normas de ordem pública, de caráter cogente, imperativo, que não podem ser alteradas, uma vez que diretamente relacionadas ao direito fundamental à saúde”. Com a definição, o autor correlaciona diretamente a estreita relação das normas ligadas à jornada de trabalho com seus Limites Constitucionais de saúde e segurança do trabalhador.

Assim, apesar de a Flexibilização pensada pelo legislador constituinte de 1988 e pelo legislador da reforma trabalhista em 2017 serem possíveis em algumas situações, existem outras, relacionadas aos Limites Constitucionais de saúde e segurança do obreiro, que não podem ser alteradas, nem mesmo por meio da interveniência sindical, pois a redução da proteção conferida pelo legislador violaria a função de tutela do Direito do Trabalho, conforme observado por Barros (2011, p. 78), e reconhecida em decorrência da hipossuficiência do obreiro. O reconhecimento, de que nem todas as regras podem ser flexibilizadas por meio da interveniência do sindicato, restou indubitável com o inciso II da Súmula n. 437 do TST:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO.
APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT

(...)

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafanável à negociação coletiva.

Sobre a indisponibilidade das normas trabalhistas, Rodriguez (2002, p. 150) faz uma importante síntese que demonstra a importância de tal natureza para a proteção do trabalhador: "Um dos indícios da especificidade do Direito do Trabalho frente ao direito comum é que no Direito do Trabalho a exceção se tornou regra e a

renúncia aparece como lesiva ao interesse que a norma quer regular". Já no sentido da renúncia de Jornada frente à proteção ao trabalhador:

Tomando-se como premissas a preocupação do Estado com a saúde do trabalhador, bem como a natureza cogente das normas relacionadas à jornada de trabalho, consegue-se, pelo menos em análise preliminar, afirmar que a interpretação a ser dada ao art. 59 caput da CLT, tantas vezes aqui mencionado, é que o mesmo não foi recepcionado pela CRFB/88, por ser incompatível com o ideal pregado pelo art. 7º, XIII daquela Carta, que busca reduzir todos os malefícios inerentes ao excesso de jornada, proibindo implicitamente o elasticamento da jornada de trabalho por pura vontade das partes, ainda mais em decorrência da forte possibilidade de a vontade do empregado restar viciada pela imposição do empregador, a quem poderia interessar a assinatura, pelo primeiro, do acordo de prorrogação de jornada (KLIPPEL, 2016, p. 60)

Destarte, em clara alusão aos Limites Constitucionais relativos ao direito à saúde, a um ambiente de trabalho saudável e seguro e à duração normal do trabalho, entende-se como de natureza indisponível a possibilidade de Flexibilização frente à Jornada de trabalho.

3.5 JORNADA COMO CLAUSULA PÉTREA

Quando se trata de realização de trabalho extraordinário, e sua relação direta como agente agressor à saúde do empregado, Filus e Okimoto (2006, p. 7) concluem que: "Fadiga é a sensação de fraqueza, falta de energia e exaustão. É o efeito do esforço continuado, que provoca uma redução reversível da capacidade do organismo e uma degradação qualitativa desse trabalho, causada por um conjunto complexo de fatores, cujos efeitos são cumulativos, assim reduzindo o desempenho e a atenção necessária à execução do trabalho".

Destarte, não se pode olvidar que a limitação da Jornada de trabalho visa coibir a exaustão física e mental do trabalhador, prevenindo-se acidentes ou doenças do trabalho. Trata-se, portanto, de norma de ordem pública, em razão dos evidentes Limites Constitucionais relativos à segurança e saúde do trabalhador. Nesse sentido o entendimento de importantes doutrinadores na seara trabalhista:

Noutras palavras, as normas jurídicas concernentes à jornada e intervalos não são, hoje, tendencialmente, dispositivos estritamente econômicos, já que podem alcançar, em certos casos, o caráter determinante de regras de medicina e segurança do trabalho, portanto, normas de saúde pública (DEGADO, 2012, p. 948).

As normas sobre duração do trabalho têm por objetivo primordial tutelar a integridade física do obreiro, evitando-lhe a fadiga. (...)
 Aliás, as longas jornadas de trabalho têm sido apontadas como fato gerador do estresse, porque resultam em um grande desgaste para o organismo.
 A par do desgaste para o organismo, o estresse é responsável ainda pelo absenteísmo, pela rotação de mão de obra e por acidentes do trabalho. (BARROS, 2011, p. 522).

Trata-se, portanto, de norma de ordem pública, certo que o descumprimento desse comando legal acarreta prejuízos inquestionáveis ao empregado. Em complemento, conforme análise do inciso XIII do Art. 7º da CF/88, o qual está inserido dentro do Capítulo II: Dos Direitos Sociais, verifica-se a seguinte positivação legal: “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”. Já conforme análise do inciso IV do § 4º do Art. 60 da CF/88: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.

Destarte, a duração normal do trabalho é elemento tão importante que foi alçada a nível constitucional, inserida dentro dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, é um direito fundamental do trabalhador, não podendo ser alterada nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de uma cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da CF/88.

Conforme Klippel (2016, p. 63), a preocupação do legislador com a possibilidade de ser extrapolada a Jornada de trabalho é tal que o levou à alteração do próprio art. 149 do Código Penal, para discriminar a “jornada exaustiva” como conduta considerada como tipificadora do crime de redução à condição análoga à de escravo.

A autora Camino (2004, p. 61) leciona que a autonomia no contrato individual de trabalho tem três espaços bem definidos, sendo seu núcleo duro, ou pétreo, aquele constituído de cláusulas imutáveis em razão da autonomia estatal, formado por normas de ordem pública, cogentes e irrenunciáveis. Nesse sentido, Oliveira (2012, p. 396) conclui que: “Diante disso conclui-se que o termo trabalhador previsto na CF/88 é o gênero que possui várias espécies, e todos esses trabalhadores estão

inseridos dentro da Jornada de trabalho prevista no inciso XIII, do artigo 7º da Constituição Federal, ou seja, sua Jornada diária de trabalho deve ser de, no máximo, oito horas, bem como durante a semana a Jornada será de no máximo quarenta e quatro horas”.

Assim, existe ampla correlação positiva entre a Jornada de trabalho e o núcleo duro, indisponível, do contrato de trabalho, em função de sua característica transaccional entre a saúde e segurança do empregado e sua recepção pecuniária, destarte elencando-se a proteção à saude e segurança nos claros Limites Constitucionais à Flexibilização da Jornada de trabalho dos trabalhadores.

4 FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

Segundo Martins (2015, p. 35), “A partir de 1973, começaram a surgir crises econômicas, como a que ocorreu com o petróleo. (...) As crises, permanentes e cíclicas, trouxeram um agravamento no processo inflacionário nos países de um modo geral”.

Assim, com as crescentes crises econômicas, de valores e processos de mecanização enfrentadas em escala global nas últimas décadas, o termo Flexibilização tornou-se pauta constante de modernização da legislação trabalhista.

4.1 CONCEITO E FINALIDADE

Robortella (1994, p. 97) ensina que a Flexibilização é “o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresário, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social”.

Já Martins (2015, p. 13) define que Flexibilização é a “capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas situações”. O autor também é de posição que:

Prefiro dizer que a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. Conjunto porque forma um todo organizado, um sistema para o fim de estabelecer mecanismos para compatibilizar as regras de Direito do Trabalho com as mudanças, isto é, uma reunião de medidas visando flexibilizar as relações trabalhistas (MARTINS, 2015, p. 13).

Flexibilizar significa tornar flexível, maleável. Levando esta conceituação para seara trabalhista, a Flexibilização do direito do trabalho importa na flexibilidade ou mitigação de sua rigidez, haja vista a existência de novas condições das relações de trabalho a partir de modificações econômicas e sociais que prescindem relativização dos direitos trabalhistas, reduzindo ou, até mesmo suprimindo vantagens concedidas aos trabalhadores para estabilidade da economia. Nesse sentido, Martins (2015, p 15) afirma que “na flexibilização, há a adaptação a um novo contexto econômico”.

A flexibilidade consiste na possibilidade das partes envolvidas no contrato de elaborarem acordos, estabelecendo limites, regras, criando direitos que, a partir de então, regerão esta relação, sempre se observado os Limites Constitucionais e trabalhistas vigentes. Segundo Nascimento (2003, p. 67): “a flexibilização no direito do trabalho é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situação que o exijam maior disponibilidade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos”.

Muitos consideram a Flexibilização das normas trabalhistas um meio de diminuir o desemprego, entretanto, outros a consideram uma forma de destruição vagarosa de tudo o que os trabalhadores conseguiram, dentre direitos e garantias, durante séculos de luta e reivindicações.

Flexibilizar vem a ser a possibilidade de manter-se aberto uma constante possibilidade de negociação com os trabalhadores, alterando as condições de trabalho então dispostas para uma ou outra, que melhor adéque os contratos à atual conjuntura econômica.

Apesar da existência do Princípio da Inalterabilidade das Condições de Trabalho, não se deve de imediato afastar a Flexibilização da realidade contratual, pois esta, de forma alguma contraria o princípio então disposto, pois, amparados pelo coletivo, os trabalhadores estarão protegidos contra possíveis alterações arbitrárias e prejudiciais.

A Flexibilização do Direito do Trabalho não transformou totalmente a negociação coletiva, a ponto de utilizá-la somente para alterações para pior de direitos trabalhistas, em razão das negociações terem de se submeter aos Limites Constitucionais da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade e da proteção à saúde e segurança do trabalhador, restringindo, portanto, o exercício da autonomia privada. São inúmeras as transformações no mundo das relações de trabalho. A conjuntura internacional mostra uma sociedade pós-capitalista produzindo mais com pouca mão-de-obra. A robótica e a informação trazem produtividade crescente e trabalho decrescente, com redução significativa da demanda de trabalhadores na força produtiva do trabalho. Na maioria dos países do primeiro mundo, as Jornadas de trabalho são mais livres, a subcontratação e a terceirização crescem continuamente, há menos legislação e mais negociação coletiva, os encargos sociais diminuem, o treinamento cada vez mais amplia-se para melhorar a qualidade dos serviços, como também do empregado.

Por fim, a finalidade precípua da Flexibilização, desde que observados os direitos indisponíveis e Limites Constitucionais do contrato de trabalho, é assecuratória do conjunto de regras dedicadas aos trabalhadores, sob a ótica da subsistência das empresas, alterando os dispositivos legais trabalhistas de proteção no sentido da possibilidade do empregador adaptá-las ao seu negócio, frente à situação de avanço econômico, para que as empresas vençam as crises e se mantenham em competitividade no mercado.

4.1.1 Correntes teóricas

Conforme Martins (2015, p. 29), as correntes doutrinárias sobre Flexibilização resumem-se em: flexibilista, antiflexibilista e semiflexibilista, cujos argumentos passam a ser, sumariamente, apresentados.

Conforme corrente flexibilista, é preciso distinguir precisamente as fases por que passa o direito do trabalho. Em um primeiro momento, devem-se assegurar os direitos trabalhistas. Após, tem-se o momento proporcional do direito do trabalho. Na terceira fase, ocorre a adaptação desses direitos à realidade dos fatos, como no que diz respeito às crises. Para a doutrina flexibilista, segundo Martins (2015, p. 29) “ (...) tanto podem assegurar melhores condições de trabalho como também situações *in pejus*. Num momento em que a economia está normal, aplica-se a lei. Na fase em que ela apresenta as crises, haveria a Flexibilização das regras trabalhistas, inclusive para pior”.

Conforme corrente flexibilista, o forte intervencionismo do Estado tem contribuído para o engessamento empresarial, desestimulando a especulação financeira no que tange, principalmente, ao investimento de capital externo, servindo de limitação ao desenvolvimento econômico da nação, conforme o posicionamento:

[...] este quadro torna-se obsoleto na medida que, atualmente, novas condições de vida, novos os desafios apresentados, novos problemas a enfrentar, com isso é impossível pretender que continue o Direito do Trabalho a desempenhar o mesmo papel, por mais eficiente que outrora se tenha apresentado, uma vez que, continuar com a mesma armadura protetora Estatal seria condená-lo a ineficácia.

[...] a legislação do trabalho deverá estar mais aberta à economia e as necessidades da adaptação conjuntural. No fundo, é a lógica dos ciclos econômicos a repercutir os seus efeitos no funcionamento dos sistemas de proteção dos trabalhadores.

Esse fenômeno de flexibilização corresponde apenas, a um novo espírito do Estado menos centralizado, mais aberto aos grupos naturais e mais

preocupado com a eficácia e bem estar da comunidade como um todo e não apenas de uma parcela de privilegiados. (PAIVA, 1998, p. 24).

Os defensores da corrente, como Robortella (1994, p. 86), entendem que o instituto da Flexibilização abarca mecanismos úteis para o desenvolvimento das relações laborais, sendo que reconhecem, no entanto, que precisam ser utilizados com cautela, de forma consciente, conforme Limites Constitucionais.

A segunda corrente, antiflexibilista, traduz a indagação acerca da proposta de Flexibilização ser mero pretexto para a redução dos direitos dos trabalhadores, ou se é, de fato, mecanismo eficaz para subsunção do direito trabalhista à realidade. De mesmo entendimento manifesta-se o doutrinador:

A teoria antiflexibilista mostra que a flexibilização do direito do trabalho é algo nocivo para os trabalhadores e vem a eliminar certas conquistas que foram feitas nos anos, a duras penas. Seria uma forma de reduzir direitos dos trabalhadores. Poderia haver agravamento das condições dos trabalhadores, se que houvesse qualquer aperfeiçoamento ou fortalecimento das relações de trabalho (MARTINS, 2015, p. 29).

Assim, os defensores da corrente antiflexibilista, como Costa (1992, p. 15), apresentam a Flexibilização do direito do trabalho como algo possivelmente prejudicial aos trabalhadores, com a justificativa de possível agravamento das condições de trabalho, com pouco ou nenhum fortalecimento das relações de trabalho, colocando-os em nova situação de desamparo legislativo, o que durante séculos buscou-se corrigir, equilibrando as relações entre as partes contratantes na seara trabalhista.

A terceira teoria, a semiflexibilista, dos ensaios de Romagnoli *et al.* (1992, p. 143), inferem que a Flexibilização deve ser iniciada pela autonomia coletiva. Assim sendo, evita riscos por meio de negociações coletivas. Nesse sentido:

Prega a teoria semiflexibilista a observância da autonomia privada coletiva e também sua valorização plena. A flexibilização seria feita pela norma coletiva, havendo uma desregulamentação do Direito Coletivo do Trabalho, por meio das convenções ou acordos coletivos (MARTINS, 2015, p. 29).

Conforme Martins (2015, p. 29), sob essa ótica seria possível afirmar a existência de uma norma legal mínima, ficando o restante determinado pelas convenções ou acordos coletivos. Destarte, a ótica semiflexibilista apresenta o “meio-termo” atualmente defendido por inúmeros autores e juristas brasileiros, onde,

partindo-se de um núcleo duro legal estabelecido por Limites Constitucionais e principiologicos trabalhistas, seria possível a Flexibilização do Direito do Trabalho.

4.1.2 Causas da flexibilização

A doutrina aponta várias causas da Flexibilização das condições de trabalho. Segundo Martins (2015, p. 35), entre elas: “desenvolvimento econômico, globalização, crises econômicas, mudanças tecnológicas, encargos sociais, aumento de desemprego, aspectos culturais, economia informal e outras causas sociológicas”. Tem-se que a evolução tecnológica, que inclui automação, robótica e microeletrônica, não cria novos empregos, ou até crie vagas para novas especialidades, mas, certamente, elimina muita mão-de-obra não especializada.

E no dizer de Arruda (1998, p. 30), “milhares de trabalhadores perdem seus postos de trabalho, por não terem condições de assimilar as mudanças tecnológicas que poderiam propiciar-lhes novos empregos”. No mesmo sentido:

Esses milhares de trabalhadores, cada vez mais substituídos por máquinas, encontram-se desnorteados diante do questionamento sobre qual vai ser o seu papel nessa nova sociedade. Nesse contexto de transição, é urgente e necessária a evolução nos estudos que busquem a eficácia dos direitos constitucionais de proteção ao trabalhador, numa tentativa de amenizar os rigores peculiares às transformações econômicas abruptas pelas quais passa a comunidade global. (ARRUDA, 1998, p. 30).

A globalização, por sua vez, determina a competição econômica internacional, sendo que as empresas são levadas para o espaço geográfico que lhes proporciona maior auferição de lucros, não havendo fronteiras como limites, mas a busca pelo melhor retorno. Corroborando essa ideia Morato (2003, p. 25) ao afirmar que “o próprio desenvolvimento natural do capitalismo, em face da constante necessidade de maximização dos lucros, empurrou o sistema para além das fronteiras nacionais”.

Assim, o capital financeiro se instala no país que lhe oferece melhores oportunidades de crescimento, evitando instalar-se onde o trabalho é excessivamente regulamentado. Nessa seara, o ideal de Flexibilização permite a redução de custos com postos de trabalho, uma vez que, entre outras hipóteses, o ideal tem como pilar central o pensamento de que o aumento do desemprego é diretamente proporcional à rigidez da legislação trabalhista.

Em complemento, a grande competitividade entre os países centrais, mormente China, Japão, Estados Unidos e Europa, faz com que eles busquem investir onde houver melhor retorno, ou seja, onde o custo da mão-de-obra é mais barato. Assim, os países em vias de desenvolvimento buscam adequar-se às exigências para trazer empresas desse porte e poder oferecer mais empregos. Essa adequação, no mais das vezes, exige flexibilidade nas normas trabalhistas e menos compromissos por parte dos aplicadores externos. O objetivo dessas empresas, que adentraram às novas fronteiras mitigadas pela globalização, é sempre maior lucratividade e ganho de capital.

Conforme Ghisleni (2006, p. 2), "Aspectos sociológicos e culturais também interferem na ideia de Flexibilização do Direito Trabalhista, haja vista, nos últimos anos, o ingresso da mulher no mercado de trabalho ocupou espaços que antes eram somente ocupados pelos homens. Assim também, a migração dos trabalhadores da área rural para a urbana, a proliferação da economia informal, entre outros".

Assim, as causas principais relativas à Flexibilização no direito do trabalho estão ligadas aos aspectos econômicos, sociológicos e culturais de uma sociedade, sendo a globalização um dos principais efeitos motores que impulsionam os efeitos globais buscados pela Flexibilização.

4.1.3 A flexibilização no direito brasileiro

No Brasil, em função do crescente subemprego, associado ao crescente avanço tecnológico empregado pelos variados setores da economia, é imperativo o atendimento das demandas dos interlocutores sociais. Somente no primeiro trimestre de 2018, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2018): "A taxa de desocupação do trimestre encerrado em março de 2018 chegou a 13,1%, com aumento de 1,3 ponto percentual em relação ao último trimestre do ano passado (11,8%). O total de pessoas desocupadas também cresceu no período, passando de 12,3 milhões para 13,7 milhões. Houve um aumento de 11,2% nesse contingente, ou mais 1,4 milhões de desempregados no país".

Nesse sentido da busca constante entre o avanço da tecnologia e a modernização do Direito do Trabalho:

O Direito do Trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial centralizada na ideia de tutelado trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente através do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em cada situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento. (NASCIMENTO, 1994, p. 37).

Assim, muito tem-se discutido sobre o protecionismo do Direito do Trabalho e até que ponto a rigidez de suas normas são benéficas e condizentes as atuais exigências da sociedade moderna. É evidente que o Direito do Trabalho tem como sustentáculo a proteção do trabalhador e o equilíbrio das relações de trabalho, a partir de uma igualdade substancial.

Contudo, este ramo do Direito está exposto à instabilidade do mercado econômico, justamente por regular as relações que envolvem a exploração do trabalho humano, buscando, assim, meios de tutela dos interesses dos trabalhadores e o ponto de equilíbrio entre o poder econômico empresarial e o hipossuficiente e subordinado trabalhador.

Todavia, as crises do setor têm refletido e abalado o emprego, tendo como resultado, dentre outros, o desemprego em massa, ameaçando o modelo tradicional do Direito do Trabalho a partir do processo de Flexibilização de suas normas.

Assim, trata-se grandes debates sobre as regulamentações das relações de trabalho face às significativas alterações econômica, tecnológicas e produtivas. O que para os adeptos da Flexibilização do Direito do Trabalho reflete na mitigação do princípio protetor que deverá ceder espaço a o princípio da autonomia privada para manutenção do próprio emprego.

Nesse sentido, o Brasil, ao longo dos anos, vem adotando algumas medidas legislativas de Flexibilização das normas trabalhistas, dentre elas cita-se: a Lei n. 6.019/74, que instituiu o trabalho temporário; o artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV da atual Constituição Federal; a Súmula n. 331, do TST; a Lei n. 8.949/94, que incluiu o parágrafo único ao artigo 442 da CLT; a Lei n. 9.601/98, que ampliou as possibilidades de contratação temporária e instituiu o banco de horas, a atual lei nº 13.467/2017 que instituiu a ampla reforma trabalhista e a Medida Provisória 808/2017, que viria a trazer as medidas então controversas durante a votação da reforma trabalhista, porém que não mais se encontra em validade desde 23 de abril de 2018.

Entretanto, tais modificações não devem agredir os Limites Constitucionais e princípios fundamentais do Direito do Trabalho, visto que a razão de ser desse ramo da ciência jurídica é exatamente a proteção ao trabalhador. As formas de validade do instituto da Flexibilização para o direito brasileiro, se baseiam em Limites Constitucionais:

A constituição de 1988 prestigiou em vários momentos a flexibilização das regras do Direito do Trabalho, determinando: que os salários poderão ser reduzidos por convenções ou acordo coletivo e trabalho (art. 7º, VI), que a compensação ou redução da jornada de trabalho só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII), o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de 6 horas diárias, por intermédio de negociação coletiva (art. 7º, XIV). O inciso XXVI do art. 7º do Estatuto Supremo reconhece não só as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho. Estatuí o inciso VI do art. 8º da mesma norma a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Pode-se dizer, também, que até mesmo a participação nos lucros e na gestão da empresa são formas de flexibilização laboral, da maneira que o empregado possa participar democraticamente na gestão da empresa e de seus resultados positivos (art. 7º, XI, da Lei Ápice), sendo a participação nos lucros pode ser feita por convenções ou acordo coletivo (art. 621 da CLT). A participação nos lucros tem sido implementada pela Lei n. 10.101/00. (MARTINS, 2010, p. 507).

E as novas modalidades de contrato de trabalho e da própria forma de prestação de serviço ocorrem por força da evolução da própria sociedade, que deve, da melhor maneira, tentar adequar o ordenamento jurídico a atual realidade fática.

Nessa esfera de entendimento, elenca-se o levantado pela Revista do Tribunal Regional da 3ª Região em sua análise acerca da imposição do negociado sobre o legislado, da reforma trabalhista:

As entidades sindicais têm um papel importante nas negociações coletivas, na garantia dos direitos trabalhistas aos empregados por elas representados, para que a parte mais fraca, a hipossuficiente, possa ser representada por um órgão suficientemente preparado para lhe assegurar todas as garantias elencadas pela CLT e Constituição Federal. Sendo assim, tal dispositivo inserido na presente reforma deve ser analisado conforme cada caso, se é que tal finalidade é possível ser estabelecida entre as partes quando não há um agente fiscalizador presente nas negociações. Essa dúvida será dissipada nas futuras relações trabalhistas, bem como nas reclamações que deixam os Tribunais, nos próximos anos, com a árdua tarefa de decidir os pontos controversos inseridos pela reforma nos próximos anos (MIRANDA, 2017, p. 205)

Assim, o autor, em consonância com as modificações apresentadas pela lei nº 13.467/2017, a qual foi promulgada para adequação do ordenamento jurídico brasileiro à atual realidade fática das normas trabalhistas, ratifica a necessidade de

atendimento aos Limites Constitucionais e trabalhistas nas novas cláusulas de Flexibilização trazidas ao Direito do Trabalho brasileiro com o advento da reforma trabalhista.

4.1.4 Limites constitucionais

Conforme Oliveira e Cunico (2010, p. 120), o processo evolutivo das normas de proteção aos trabalhadores foi consagrado em 1943 com a coordenação dos princípios e regras trabalhistas configurados em um sistema: a Consolidação das Leis do Trabalho que, em 1988, foi marcada pela constitucionalização dos direitos sociais fundamentais, culminada em uma nova era histórica do Direito do Trabalho na tutela pelos direitos e garantias da classe obreira calçada na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos Limites Constitucionais de Flexibilização:

Sendo assim, a análise da viabilidade jurídica da flexibilização do Direito do Trabalho exige o enfrentamento da seguinte questão: Respeitados os princípios, a supremacia da Constituição e a Proteção do Núcleo Essencial, a Carta Constitucional Brasileira autoriza o fenômeno da flexibilização na seara laboral?

Inicialmente há que se observar que o Direito do Trabalho está elencado entre os direitos fundamentais protegido pelo diploma legal de 1988, que reconheceu a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a justiça social e a função social da ordem econômica como seus primados.

Assim como as cláusulas pétreas elencadas não são objeto de deliberação, princípios como os descritos não podem ser desconsiderados, quando iminentes alterações legislativas tenderem a abolir direitos fundamentais e sociais.

A respeito que se impõe é a de que a flexibilização na esfera juslaboralista só tem respaldo legal nas estritas hipóteses e respeitadas as formas permitidas pelo poder Constituinte originário. (CUNICO, 2011, p. 35).

Em corroboração ao anteriormente elencado:

Qualquer alteração textual constitucional, exercício de autonomia coletiva ou inovação normativa infraconstitucional não poderá modificar, para o caso, os permissivos expressamente contidos na Constituição, da mesma forma que a exegese e subsequente aplicação pelo julgador não deriva comportar ampliação que afronte a rigidez constitucional proibitiva do retrocesso social e consagradora do solidarismo, ambos diretamente afeitos ao Direito do Trabalho. (ALMEIDA, 2006, p. 121).

Destarte, O legislador constituinte assegura um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores no art. 7º da CF/88, tendo em vista a dignidade e o valor do

trabalho humano. Assim, a primeira função da ordem pública trabalhista é promover a regulação social, impedindo retrocessos na sociedade, conforme análise pormenorizada acerca dos limites à atuação social:

Nesse passo, incumbe verificar que a Constituição composta por regras e princípios que devem reger, como já dito, todo o ordenamento jurídico.

Hoje os princípios são vistos como centro do sistema jurídico, utilizados, como expandido, para orientar a interpretação da norma, para suprir lacunas legislativas e para nortear as decisões no âmbito judiciário.

Entretanto, essencial observar que a aplicação dessas premissas maiores, sua incidência no ordenamento, nem sempre é pacífica. Por vezes eleger o princípio que mais convenientemente se coaduna com o bem jurídico protegido é tarefa complexa.

Assim como as regras, em uma ordem pluralista, podem seguir direções diversas, os princípios podem abrigar decisões, valores ou fundamentos por vezes divergentes e contrapostos, devendo sua aplicação atentar para o bem jurídico que se deseja assegurar. Deve-se, então, ponderar os valores e interesses que se deseja proteger, uma vez que não existe superioridade formal entre princípios, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional da situação apreciada.

Essa perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito tem influenciado decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Além de possibilitar esta nova dogmática o desenvolvimento de princípios instrumentais, dos princípios materiais pré-existentes, com o objetivo de auxiliar a interpretação constitucional. Entre estes instrumentos de auxílio interpretativo impende destacar os princípios da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Constituem estes princípios verdadeiros limites à atuação social, seja do Estado, dos órgãos judiciário, da classe empresaria ou dos cidadãos como entes integrantes da sociedade. Os pressupostos inerentes aos princípios da dignidade e da razoabilidade devem orientar a acomodação de todos os demais princípios aos casos concretos, particularmente na esfera das relações de trabalho, em que a atividade remunerada é alçada à própria condição de existência do homem. (CUNICO, 2011, p. 35).

Assim, é evidente que a Constituição Federal impõe limites às leis infraconstitucionais e às próprias normas nela inseridas, elegendo elementos fundamentais como meio de controlar a discricionariedade legislativa e a elaboração de regras sob a prisma da autonomia da vontade. Nesse sentido, a doutrina majoritária brasileira entende que a Flexibilização não poderá ser feita sobre direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao trabalhador. Consigna-se a não admissibilidade de se flexibilizar as normas regulamentadoras das condições de higiene e segurança do trabalho, por ter caráter de rigidez por constituírem direitos fundamentais à saúde do obreiro. Nesse sentido, Delgado (2012, p. 587) entende que a Flexibilização é um fato inevitável e já presente na legislação trabalhista brasileira, porém ela é muitas vezes um fator de perda de direitos trabalhistas historicamente conquistados. O autor também destaca ainda que “os direitos de

indisponibilidade absoluta são protegidos por uma tutela de interesse público, sendo irrevogáveis, sob pena de atentar contra a própria dignidade humana e valorização mínima do trabalho consagrada constitucionalmente”.

Outra limitação constitucional é aquela prescrita no inciso XXXVI do art. 5º da CF/88 cujo direito adquirido não poderá ser prejudicado nos acordos derogatórios, pois a Constituição é clara ao dizer que a “lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, assim, se a lei não pode fazê-lo, muito menos as negociações coletivas. Nesse sentido, em recente modulação trazida pelo Tribunal Superior do Trabalho em sua Resolução nº 221, de 21 de Junho de 2018, onde o TST modula que a aplicação das normas processuais previstas pela reforma trabalhista é imediata, sem atingir, no entanto, situações iniciadas ou consolidadas na vigência da lei revogada, portanto concluindo que a maioria das alterações processuais não se aplica aos processos iniciados antes de 11/11/2017, data em que a Lei 13.467 entrou em vigor:

RESOLUÇÃO 221/TST – 21/06/2018 - EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, traz alteração legislativa que impacta de forma sensível os dispositivos que regulam a realidade das relações de trabalho no Brasil.

É natural que mudanças nos dispositivos reguladores das relações trabalhistas gerem dúvidas e incertezas na aplicação da lei, daí a necessidade de se fixar, com exercício superlativo de prudência hermenêutica, balizas que orientem tanto o jurisdicionado quanto o aplicador da lei, a fim de que a segurança jurídica, pilar do Estado Democrático de Direito, seja assegurada.

A necessidade de balizas quanto aos limites de incidência dos novos aspectos da mudança legislativa fez surgir o compromisso institucional deste Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de oferecer diretrizes alinhadas com os pilares de incidência do direito intertemporal, a fim de preservar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, nos moldes do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

A legítima aplicação das regras de direito intertemporal demanda que haja, por parte dos aplicadores do Direito, a uniformização na recepção das questões que envolvem a incidência das normas no cotidiano das relações trabalhistas, o que torna premente a fixação do marco inicial regulatório, daí a proposta de elaboração da presente Instrução Normativa.

Diante dessas considerações, a Comissão pautou-se, precipuamente, pela metodologia de elucidar apenas o marco temporal inicial para a aplicação da alteração ou inovação preconizada pela Lei nº 13.467/2017, com amparo nos arts. 10, 15, 1.046, § 1º e 5º, 1.047, 1.054, 1.056 e 1.057 do CPC, e 912 da CLT, nada dispondo, portanto, quanto à interpretação do conteúdo da norma de direito.

E assim o fez, a fim de assegurar o direito adquirido processual, o ato jurídico processual perfeito e a coisa julgada. Quanto ao direito material, a Comissão entendeu que se trata de disposição que comporta o enfrentamento jurisdicional, para que, operando-se a construção jurisprudencial, seja definida a aplicação da lei nova aos casos concretos. (TST, 2018).

Destarte, observa-se que, conforme entendimento majoritário, o fenômeno de Flexibilização na esfera jurídica laboral só tem respaldo legal caso respeitadas as limitações constitucionais impostas poder Constituinte Originário.

4.2 PRORROGAÇÃO DE JORNADA E HORAS EXTRAORDINÁRIAS

No tocante à possibilidade de prorrogação de Jornada, sob a ótica da reforma trabalhista, inicialmente colaciona-se que horário de trabalho é positivado na CLT fundamentalmente pelo *caput* dos art. 58 e 59: “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” e “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”.

Em relação à compensação de Jornada, via de regra deletéria ao trabalhador em função da unilateralidade em sua possibilidade de compensação, antes da reforma existiam duas possibilidades de se realizar a compensação: ou via banco de horas por negociação coletiva ou via acordo de compensação semanal. Destarte, as possibilidades de compensação eram restritas. Com a reforma, o banco de horas passa a poder ser negociado diretamente com o empregado, com limite de seis meses, bem como ainda é possível a negociação coletiva por um período de um ano.

Nesse sentido, conforme Delgado (2012, p. 888), desde sua regulamentação, “[...] o regime compensatório deixou de ser figura essencialmente favorável ao obreiro, adquirindo caráter marcadamente unilateral — o que atraiu a incidência de outros dispositivos cogentes da Constituição de 1988”. Conforme positivação prévia à reforma trabalhista, era possível, conforme leitura do § 2º do art. 59 da CLT, a realização de acordo de compensação por instrumento coletivo, desde que a compensação não ultrapassasse 120 dias: “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 justificativa para a intervenção coletiva é justamente o

potencialmente lesivo do banco de horas unilateralmente administrado pelo empregador.

No entanto, observa-se o novo § 5º do art. 59 da CLT, após a reforma trabalhista: “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”.

Nesse sentido, observa-se o seguinte entendimento proferido no enunciado 14 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho durante a 2ª jornada de direito material e processual do trabalho (ANAMATRA, 2017):

ENUNCIADO 14. BANCO DE HORAS
BANCO DE HORAS POR ACORDO INDIVIDUAL. A COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS REQUER INTERVENÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA, INDEPENDENTEMENTE DO SEU PRAZO DE DURAÇÃO, CONFORME ARTIGO 7º, XIII, CF, QUE AUTORIZA A COMPENSAÇÃO APENAS MEDIANTE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. (ANAMATRA, 2017).

Já no sentido da possibilidade de acordos meramente proformes, com intuito claramente fraudulento, o Tribunal Superior do Trabalho, em claro exercício de aplicação do princípio da primazia da realidade, editou a Súmula 85, a qual estabelece parâmetros de validade para os acordos de compensação de Jornada:

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)
II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)
III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)
IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)
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.

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

Nesse sentido, enfatiza-se o importante item IV, que estabelece critério de descaracterização de acordo de compensação de Jornada meramente proforma, em clara abordagem ao princípio da primazia da realidade.

No entanto, a reforma trabalhista de 2017 positivou o novo art. 59-B da CLT, cujo parágrafo único encontra-se em franca oposição ao item IV da Súmula 85 do TST:

Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

Nesse sentido, observa-se o seguinte entendimento proferido no enunciado 22 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho durante a 2ª jornada de direito material e processual do trabalho (ANAMATRA, 2017):

ENUNCIADO 22. PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS: DESCARACTERIZAÇÃO DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO E BANCO DE HORAS
HORAS EXTRAS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO E BANCO DE HORAS. A PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS HABITUAIS OU, AINDA QUE EVENTUAIS, EM NÚMERO SUPERIOR A DUAS HORAS DIÁRIAS, IMPLICA DESCARACTERIZAÇÃO DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO E DO ACORDO DE BANCO DE HORAS, CONFORME ARTIGOS 7º, XIII E XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 59 DA CLT. (ANAMATRA, 2017).

Assim, se observa que, apesar da clara e objetiva redação dos novos § 5º do art. 59 e do art. 59-B, ambos da CLT, no tocante à possibilidade de Flexibilização da compensação de Jornada, existe evidente formação jurisprudencial em andamento no sentido de obrigatória participação coletiva para acordos de compensação de Jornada por meio de banco de horas, em qualquer janela temporal, bem como para manutenção da descaracterização de acordos proforma, em clara aplicação dos Limites Constitucionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador, de duração

da Jornada, e com aplicação complementar dos princípios da norma mais favorável ao trabalhador, da condição mais benéfica ao trabalhador, do *dúbio pro operário*, da continuidade da relação de emprego e da primazia da realidade.

4.3 FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA ESTENDIDA DE REVEZAMENTO E INTERVALOS

A Jornada de revezamento 12h por 36h, também conhecida como Jornada 12x36, até então era Jornada de caráter excepcional. Nesse sentido, O Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, em Setembro de 2012, editou a Súmula 444 quanto à validade do regime de 12x36:

Sumula 444 do TST:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

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

No entanto, os novos art. 59-A e 60 positivados pela reforma trabalhista estenderam a utilização geral da Jornada de revezamento, ao estabelecem que:

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

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

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

Destarte, observa-se que o art. 59-A e o parágrafo único do art. 60 trazem afronta direta ao previamente estabelecido pela súmula 444, uma vez que permitem a generalização da Jornada 12x36, bem como sua autorização por meio de acordo individual escrito para a estabelecimento de Jornada de compensação 12x36.

Nesse sentido, observa-se o seguinte entendimento proferido no enunciado 15 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) durante a 2º jornada de direito material e processual do trabalho (ANAMATRA, 2017):

ENUNCIADO 15. JORNADA 12X36

JORNADA 12X36. 1. TRATANDO-SE DE REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA, É ESSENCIAL PARA A SUA VALIDADE A PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, NOS TERMOS DO ARTIGO 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INCLUSIVE EM RELAÇÃO AO COMERCÁRIO, EM RAZÃO DE LEI ESPECIAL (LEI 12.790/2013). 2. ARTIGO 60, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT. DISPENSA DE LICENÇA PRÉVIA PARA A REALIZAÇÃO DE JORNADA 12X36. MATÉRIA DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 7º, XXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3. IMPOSSIBILIDADE DE REGIME "COMPLESSIVO" QUANTO AO PAGAMENTO DE FERIADOS E PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA, POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 7º, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 4. A PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS, INCLUSIVE PELA SUPRESSÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA (AINDA QUE PARCIAL), DESCARACTERIZA O REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA 12X36, IMPLICANDO O PAGAMENTO COMO HORA EXTRAORDINÁRIA DAQUELAS LABORADAS ALÉM DA 8ª DIÁRIA, POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 7º, XIII E XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (ANAMATRA, 2017).

Em relação à Flexibilização dos intervalos laborais, em momento prévio à reforma trabalhista, somente existiam duas hipóteses para redução do intervalo intrajornada, conforme leitura dos § 3º e § 5º do art. 71 da CLT:

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

§ 5º O intervalo expresso no caput poderá ser reduzido e/ou fracionado, e aquele estabelecido no § 1º poderá ser fracionado, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros,

mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores ao final de cada viagem.

Destarte, como pode se observar, tratavam-se de redução no caso de situações específicas e pontualmente justificáveis.

No entanto, o novo art. 611-A estabelecido pela reforma trabalhista traz o seguinte texto legal em seu inciso III:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

(...)

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

Observa-se que a norma, positivando a prevalência do negociado sobre o legislado, retirou a obrigatoriedade da concessão do intervalo mínimo de 1 hora de que trata o artigo 71 da CLT, possibilitando sua redução para até 30 minutos com uma única condição.

Em relação aos Limites Constitucionais aplicados duração do trabalho:

Do confronto estabelecido entre os artigos 611-A e 611-B da CLT, ou seja, objetos lícitos e ilícitos a serem regulamentados via convenção coletiva ou acordo coletivo, percebeu-se uma notória contradição, uma vez que a jurisprudência (vide item II da Súmula 437 do TST) e a doutrina pátria, em sua quase plenitude, já consagraram as disposições atinentes à duração do trabalho e ao intervalo como sendo normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, com proteção constitucionalmente assegurada, conforme artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, a seguir transcrito (ZURITA, 2017)

Nesse sentido, observa-se o seguinte entendimento proferido nos enunciados 34 e 37 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho durante a 2º jornada de direito material e processual do trabalho (ANAMATRA, 2017):

ENUNCIADO 34 INTERVALO INTRAJORNADA COMO NORMA DE SEGURANÇA E SAÚDE PÚBLICA
I - REGRAS SOBRE O INTERVALO INTRAJORNADA SÃO CONSIDERADAS COMO NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO E, POR CONSEQUÊNCIA, DE ORDEM PÚBLICA, APESAR DO QUE DISPÕE O ART. 611-B, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT (NA REDAÇÃO DA LEI 13.467/2017). II - O ESTABELECIMENTO DE INTERVALOS INTRAJORNADAS EM PATAMARES INFERIORES A UMA HORA PARA JORNADAS DE TRABALHO SUPERIORES A SEIS HORAS

DIÁRIAS É INCOMPATÍVEL COM OS ARTIGOS 6º, 7º, INCISO XXII, E 196 DA CONSTITUIÇÃO.

ENUNCIADO 37 SAÚDE E DURAÇÃO DO TRABALHO
É INCONSTITUCIONAL O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B DA CLT, POIS AS NORMAS E INSTITUTOS QUE REGULAM A DURAÇÃO DO TRABALHO, BEM COMO SEUS INTERVALOS, SÃO DIRETAMENTE LIGADOS ÀS TUTELAS DA SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO COMO ESTABELECIDAS PELOS ARTS. 7º, XIII, XIV E XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PELOS ARTS. 3º, B E E, E 5º DA CONVENÇÃO 155 DA OIT, PELO ART. 7º, II, B E D, DO PIDESC (ONU), PELO ART. 7º, E, G E H, DO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR (OEA), E PELO PRÓPRIO ART. 58 DA CLT, QUE LIMITA A JORNADA A OITO HORAS DIÁRIAS, SENDO, ASSIM, INSUSCETÍVEIS DE FLEXIBILIZAÇÃO POR CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS.

Assim, em que pese a clara e objetiva redação dos novos art. 60 e inciso III do art. 611-A, ambos da CLT, no tocante à possibilidade de generalização da escala 12x36 e da Flexibilização dos intervalos intrajornada, existe evidente formação jurisprudencial em andamento no sentido da inconstitucionalidade de ambos, em clara afronta, conforme texto literal dos enunciados, aos Limites Constitucionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador, e com aplicação complementar dos princípios da norma mais favorável ao trabalhador e da primazia da realidade.

4.4 JORNADA NO TRABALHO INTERMITENTE

Conforme previsto pelo § 3º do art. 443 e art. 452-A, ambos da CLT, o contrato de trabalho intermitente é uma nova modalidade de contratação do trabalhador, no qual, semelhante ao contrato do tipo *Kapovaz* da lei alemã, 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.

Interessante destacar que o, mesmo que originalmente previsto que o trabalhador poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, a 2º jornada de direito material e processual do trabalho (ANAMATRA, 2017) prevê em seu enunciado 88 a impossibilidade de trabalho intermitente onde o labor possa apresentar riscos a terceiros:

ENUNCIADO 88 TRABALHO INTERMITENTE E RISCO PARA TERCEIROS O TRABALHO INTERMITENTE NÃO PODERÁ SER EXERCIDO EM ATIVIDADES QUE POSSAM COLOCAR EM RISCO A VIDA, A SAÚDE E A SEGURANÇA DOS PRÓPRIOS TRABALHADORES E/OU DE TERCEIROS.

Conforme previsão legal, o empregador deverá convocar o empregado com pelo menos 3 dias de antecedência. Após recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumida, no silêncio, a recusa. Para essa modalidade, o período de inatividade não se considera como tempo de serviço à disposição do empregador.

Também, observam-se os seguintes entendimentos proferidos nos enunciados 73, 74, 84, 90 e 91 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho durante a 2º jornada de direito material e processual do trabalho (ANAMATRA, 2017):

ENUNCIADO 73 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: INCONSTITUCIONALIDADE
É INCONSTITUCIONAL O REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE PREVISTO NO ART. 443, § 3º, E ART. 452-A DA CLT, POR VIOLAÇÃO DO ART. 7º, I E VII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E POR AFRONTAR O DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR AOS LIMITES DE DURAÇÃO DO TRABALHO, AO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E ÀS FÉRIAS REMUNERADAS.

ENUNCIADO 74 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO
A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALCANÇA OS TRABALHADORES EM RÉGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO NOS ARTS. 443, § 3º, E 452-A DA CLT, AOS QUAIS É TAMBÉM ASSEGURADO O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA MENSAL, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE DIAS EM QUE FOR CONVOCADO PARA TRABALHAR, RESPEITADO O SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL.

ENUNCIADO 84 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: CARGA HORÁRIA
COMO O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE DEVE SER CELEBRADO POR ESCRITO, DO INSTRUMENTO CONTRATUAL DEVERÃO CONSTAR OS PERÍODOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU A ESTIMATIVA DE SERVIÇOS A EXECUTAR, A RESPEITO DOS QUAIS SE OBRIGA O EMPREGADOR.

ENUNCIADO 90 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E DEMANDAS PERMANENTES
1. É ILÍCITA A CONTRATATAÇÃO SOB A FORMA DE TRABALHO INTERMITENTE PARA O ATENDIMENTO DE DEMANDA PERMANENTE, CONTÍNUA OU REGULAR DE TRABALHO, DENTRO DO VOLUME NORMAL DE ATIVIDADE DA EMPRESA. 2. É ILEGAL A SUBSTITUIÇÃO

DE POSTO DE TRABALHO REGULAR OU PERMANENTE PELA CONTRATAÇÃO SOB A FORMA DE TRABALHO INTERMITENTE. 3. O EMPREGADOR NÃO PODE OPTAR PELO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE PARA, SOB ESSE REGIME JURÍDICO, ADOTAR A ESCALA MÓVEL E VARIÁVEL DA JORNADA. 4. PRESENTE A NECESSIDADE DE TRABALHO INTERMITENTE, O EMPREGADO CONTRATADO NA FORMA DO ART. 443, § 3º, DA CLT TEM DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO, SENDO ILÍCITA SUA PRETERIÇÃO OU A OMISSÃO DO EMPREGADOR.

ENUNCIADO 91 DIA E HORA INCERTOS PARA LABOR E RISCO EXCLUSIVO DO EMPREGADOR. TEMPO À DISPOSIÇÃO É DE EFETIVO SERVIÇO

NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE, O PERÍODO SEM CONVOCAÇÃO PELO EMPREGADOR É DE TEMPO À SUA DISPOSIÇÃO E DEVE SER REMUNERADO COMO DE EFETIVO SERVIÇO. ÔNUS DAS VARIAÇÕES DE DEMANDA DO EMPREENDIMENTO SÃO EXCLUSIVOS DO EMPREGADOR.

Destarte, em que pese a clara e objetiva redação dos novos § 3º do art. 443 e art. 452-A, ambos da CLT, no tocante à criação do contrato tipo intermitente, de acordo com as necessidades do empreendimento, existe evidente formação jurisprudencial em andamento no sentido da inconstitucionalidade dessa modalidade de contrato, em clara afronta, conforme texto literal dos enunciados, aos Limites Constitucionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador, à proteção ao trabalho, à garantia do salário nunca inferior ao mínimo, e com aplicação complementar dos princípios da norma mais favorável ao trabalhador, da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego.

5 CONCLUSÃO

Esta pesquisa procurou avaliar os efeitos da Flexibilização da Jornada de trabalho na reforma trabalhista, bem como suas possibilidades, limites legais, e possíveis tendências jurisprudenciais a se formarem nos próximos anos.

Para tanto, o Direito do Trabalho, enquanto área de grande relevância para a sociedade, foi tema de enfoque, bem como foram temas as mudanças sócioeconômico-culturais que propõem transformações no sentido de Flexibilização nesta ciência jurídica de relevante proteção ao trabalhador.

Nesse sentido, em 1988, na busca por um Estado Democrático de Direito, o texto constitucional conferiu proteção ampla ao trabalhador, assegurando direitos e garantias a todos os trabalhadores. À luz da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais são normas de ordem pública imperativas, invioláveis, intransigíveis, não podendo ser alterados pela vontade das partes contratantes, sendo considerados o núcleo duro de todo contrato de trabalho.

No entanto, as constantes crises econômicas e a globalização abalaram as relações econômicas, sociais e políticas, tornando os mercados cada vez mais abertos, com preços competitivos e mão-de-obra barata. Frente a esta realidade, percebe-se que o Direito do Trabalho está entre os ramos das ciências jurídicas mais atingido, pois na medida em que as crises ciclicamente se agravam, o mercado busca meios de aliviar os custos operacionais e tentar resisti-la.

A Flexibilização, a partir deste contexto, representou a possibilidade das partes envolvidas no contrato de labor acordarem, estabelecendo limites, regras, criando direitos que, a partir de então, regerão esta relação. Assim, o efeito de Flexibilização, desde que delineado nos Limites Constitucionais, constitui-se como um instrumento poderoso para permitir, diante de situação que o exijam, maior disponibilidade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos. Com esse objetivo, o Brasil vem adotando algumas medidas legislativas de Flexibilização das normas trabalhistas, dentre elas Lei nº 13.467/17 que instituiu a ampla reforma trabalhista aqui tratada.

No entanto, muitas das alterações apresentadas pela reforma trabalhista, ao não tratarem das especificidades atinentes aos Limites Constitucionais que balizam a disponibilidade da Jornada laboral, trouxeram incerteza e insegurança jurídica aos trabalhadores, empregados e operadores de direito.

Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho promulgou a Resolução nº 221/2018, assim regulamentando a aplicação da lei 13.467/2017 ao Direito Processual do Trabalho. No entanto, no que tange ao Direito Material do Trabalho e à Flexibilização da Jornada em si, observa-se que, apesar de não existirem jurisprudências consolidadas, as orientações emanadas por operadores do Direito do Trabalho nos enunciados aprovados na 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho denotam clara direção de formação jurisprudencial no sentido da interpretação do quesito Jornada como um dos direitos sociais elencados pelo art. 7º da carta maior, assim componente das cláusulas pétreas trabalhistas, e, portanto, indisponível e, em última análise, parcialmente flexível por meio de negociação coletiva, e não individual, em função de sua característica de dualidade entre caráter econômico e de saúde e segurança ao trabalhador.

No entanto, uma vez que ainda não existem jurisprudências consolidadas, as alterações presentes na atual reforma trabalhista devem ser amplamente discutidas nos próximos anos, verificando-se a real aplicabilidade dos tópicos atinentes à Flexibilização de Jornada, bem como avaliando-se as devidas transições e limites legais para aqueles que se beneficiam da insegurança jurídica da Flexibilização da Jornada por meio de uso de artimanhas e/ou fraudes trabalhistas. Essas dúvidas certamente serão mitigadas nas futuras relações trabalhistas, nas quais os Tribunais terão a árdua tarefa de decidir os pontos controversos inseridos pela reforma.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayse coelho. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso**. Inclusão social. Brasília: v.2, n. 1, 2006.

ANAMATRA. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. **Reforma Trabalhista**. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em 03 jun 2018.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro J., FERES, Marcos V.C., KEMPFER, Marlene. **Direito e Inovação**. Editora UFJF, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452: Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 01 mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467: Altera a consolidação das leis do trabalho**. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 808: Altera a consolidação das leis do trabalho**. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 14 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução nº 221: Aplicações da lei 13.367/2017 e sua aplicação ao processo do trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/RESOLUCAO+221+-+21-06-2018.pdf/4750fdfb-8c09-e017-9890-96181164c950>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 85: Compensação de jornada**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 7 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 90: Hora in itinere**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 366: Horas extras. Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 9 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 428: Sobreaviso.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 9 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 429: Tempo à disposição do empregador. Período de deslocamento entre a portaria e o local de trabalho.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 9 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 437: Jornada 12x36.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 9 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 444: Jornada 12x36.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 9 abr. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do trabalho.** Porto Alegre: Síntese, 4.ed. 2004.

COSTA, Orlando Teixeira da. **Flexibilização laboral e revisão constitucional.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, n. 61, p. 15-22. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176022>. Acesso em: 11 abril 2018.

CUNICO, Dayane Souza. **Os limites da flexibilização no direito do trabalho sob uma perspectiva constitucional.** Revista de ciência jurídica e sociologia. UNIMAR, v. 14, n. 1, jan/jun. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11ª ed. LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 4ª Ed. LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **A Jornada No Direito Do Trabalho Brasileiro.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, n. 54, p. 68, jan./jun, 1996.

FARACHE, Jacob Arnaldo Campos. **Princípios de Direito do Trabalho: uma síntese da obra de Américo Plá Rodriguez.** Conteudo Juridico, 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26800&seo=1>. Acesso em: 11 abril 2018.

FILUS, Rodrigo; OKIMOTO, Maria Lúcia. **O efeito do tempo de rodízios entre postos de trabalho nos indicadores de fadiga muscular – o ácido láctico.** In: 14º Congresso Brasileiro de Ergonomia. Curitiba, 2006.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GHISLENI, Maria Salete Dalla Vecchia. **Flexibilização Do Direito Do Trabalho.** Centro Universitário Univates. Publicado em Dezembro 2006. Disponível em: https://www.univates.br/media/graduacao/direito/FLEXIBILIZACAO_DO_DIREITO_D_O_TRABALHO.pdf. Acesso em 21 maio 2018.

IBGE. **Desemprego volta a crescer no primeiro trimestre de 2018**. Publicado em 27 de Abril de 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20995-desemprego-volta-a-crescer-no-primeiro-trimestre-de-2018.html>. Acesso em 19 maio 2018.

JOTA, Gabriel Cintra. **Deslocamento da portaria da empresa até local de trabalho**. Granadeiro Advogados. Publicado em 26 nov 2017. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/doutrina/2017/11/07/deslocamento-da-portaria-da-empresa-ate-local-trabalho>. Acesso em: 07 mar 2018.

KLIPPEL, Bruno. **Jornada de Trabalho e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA, Débora Lopes. **Imparcialidade aparente nas negociações diretas entre empregador e empregado**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, n. 96, p. 205, jul./dez, 2017.

MORATO, João Marcos Castilho. **Globalização e flexibilização trabalhista**. Belo Horizonte: Inédia, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 21º ed. São Paulo: LTr, 1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29º ed. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 32ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Flexibilização e desemprego**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 24, 21 abr. 1998 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1169>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **Negociação coletiva como instrumento para superação de crise econômica: antes e pós-reforma trabalhista**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, n. 96, p. 119, jul./dez, 2017.

OLIVEIRA, Lourival José de, CUNICO, Dayane Souza. **Os Limites da flexibilização no Direito do Trabalho sob uma perspectiva constitucional**. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 27, 2010. Disponível em <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/123-416-1-pb.pdf>.

OLIVEIRA, Murilo Kerche de. **A limitação constitucional da jornada de trabalho como forma de efetivação do direito fundamental de proteção à vida e saúde do servidor público estatutário comissionado.** II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais p. 395. 2012.

RANGEL, Daniel Gonçalves. **A terceirização na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho.** Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, n. 96, p. 156, jul./dez, 2017.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

ROMAGNOLI *et al.* **Experiencias de flexibilidad normativa.** Chile: Universidad Nacional Andrés Bello. 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira *et al.* **Contribuição crítica à reforma trabalhista.** Campinas, SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

VASCONCELLOS, Ana Maria. **Reflexões acerca do regime de 12X36.** São Paulo: LTR, 2004.

ZURITA, Arturo Freitas. **O intervalo intrajornada e a reforma trabalhista.** Publicado em 22 de Novembro de 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269612,41046-O+intervalo+intra+jornada+e+a+reforma+trabalhista>. Acesso em 14 maio 2018.