



UMA ANÁLISE DAS VIOLAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

AN ANALYSIS OF VIOLATIONS OF LABOR REFORM IN THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRINCIPLES OF LABOR LAW

Lucas Santos de Castro ¹

Artigo recebido em 12/10/2018

Aceito em 06/06/2019

RESUMO

O presente estudo analisa as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), enfocando nas violações aos direitos fundamentais e princípios do Direito do Trabalho constitucionalmente assegurados. Tem-se como pressuposto que os direitos sociais do trabalho, estabelecidos no art. 7º da Constituição Federal, são direitos fundamentais e, por isto, são dotados de proteção constitucional quanto à alteração. Trata-se de temática bastante atual, cuja discussão transcende o âmbito acadêmico, implicando diretamente na realidade social, na prática profissional e na classe que vive do trabalho. O problema de pesquisa questiona quais e como as alterações da reforma trabalhista violam os direitos fundamentais e os princípios do Direito do Trabalho, com os objetivos de identificar essas violações e de sistematizar e evidenciar os motivos pelos quais há incompatibilidade de determinados dispositivos da reforma trabalhista com o sistema jurídico. Para tanto, realiza-se uma revisão de literatura sobre os princípios do direito do trabalho e os direitos fundamentais e contextualiza-se a reforma trabalhista, identificando as principais mudanças relativas à jornada de trabalho, ao trabalho da gestante, à forma de contratação intermitente e às regras processuais de sucumbência, discutindo como tais alterações esbarram nos princípios do Direito do Trabalho e nos direitos fundamentais. As considerações finais deste trabalho reúnem as questões de maior relevância da pesquisa, buscando construir uma análise crítica das alterações da reforma trabalhista.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Princípios do Direito do Trabalho; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present study analyzes the changes promoted by the Law 13467/2017 (Labor Reform). The study focus on violations of fundamental rights and principles of labor law granted by the Constitution. It is assumed that the social rights of work established in the 7th article of the Federal Constitution are fundamental rights and, for this, have constitutional protection against alterations. This is a fairly current topic whose discussion transcends the academic field, directly implying in the social reality, professional practice and the class that lives from work. The research problem questions which and how changes in labor reform violate fundamental rights and the principles of labor law, with the objective of identifying these violations and systematizing and showing the reasons why certain fragments of labor reform are incompatible with the legal system. Therefore, a review of the literature on the principles of labor law and fundamental rights is carried out and the labor reform is contextualized by identifying the main changes related to the working day, the work of the pregnant woman, the form of intermittent hiring and the procedural rules of the defeated party's fee, discussing how such changes run counter to the principles of labor law and fundamental rights. The final

¹ Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNESA e Mestrando em Ciências Sociais pela UFBA.

considerations of this study bring together the most important questions of the research, seeking to construct a critical analysis of the changes in the labor reform.

Key-words: Labor reform; Principles of labor law; Fundamental rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 2 O DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL 3 O CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA 4 UMA ANÁLISE DAS VIOLAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO 4.1 MUDANÇAS NA JORNADA DE TRABALHO 4.2 TRABALHO DA GESTANTE OU LACTANTE EM CONDIÇÕES INSALUBRES 4.3 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE 4.4 LIMITAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como enfoque as alterações na reforma trabalhista que atacam os direitos fundamentais e os princípios do Direito do Trabalho, de sorte a abarcar questões sob a perspectiva do direito material e processual. Dentre as alterações analisadas, o enfoque é sobre as violações aos direitos fundamentais e princípios do Direito do Trabalho constitucionalmente assegurados.

Destaque-se que as incompatibilidades com os princípios do Direito do Trabalho e inconstitucionalidades, observadas pelos autores especializados na área trabalhista, apontam para violações nos aspectos formais e materiais, bem como recaem sobre questões que envolvem o direito material e processual.

Com efeito, a temática é bastante atual e tende a ser extremamente discutida no âmbito acadêmico, profissional e entre a classe que vive do trabalho, dada a sua relevância e o seu impacto sobre a vida dos trabalhadores; dos profissionais que lidam com o Direito, especialmente o Direito do Trabalho; das empresas, que utilizam a mão de obra trabalhadora e os órgãos públicos, que mantêm relações com outras empresas ou contratam diretamente trabalhadores na condição de celetista.

No âmbito acadêmico e profissional, houve diversas publicações específicas sobre a reforma trabalhista, sobretudo na seara dos profissionais do Direito, por meio da edição de livros comentados sobre a Lei n. 13.467/2017 e análises mais críticas e aprofundadas sobre os impactos da reforma, promovidas por magistrados trabalhistas e por estudiosos do mundo do trabalho.

Em síntese, o campo de discussão sobre a reforma trabalhista encontra-se amplamente aberto para contribuições, críticas e análises de todos os vieses, a fim de interpretar e compreender a inserção da Lei n. 13.467/2017 na vida concreta dos trabalhadores e na realidade da prática jurídica forense.

Nesse contexto, o problema de pesquisa questiona quais e como as alterações da reforma trabalhista violam os direitos fundamentais e os princípios do Direito do Trabalho. Nesse sentido, busca-se identificar os dispositivos da reforma trabalhista que estão em confronto com os direitos fundamentais e os princípios do Direito do Trabalho, bem como sistematizar e compreender os motivos pelos quais há incompatibilidade de determinados dispositivos da reforma trabalhista com o sistema jurídico.

A partir das alterações da reforma trabalhista, apontadas como inconstitucionais pelo levantamento bibliográfico de publicações críticas relativas à Lei n. 13.467/2017, cabe destacar a jornada de trabalho, o trabalho da gestante, a forma de contratação intermitente e as regras processuais de sucumbência.

Para tanto, o caminho percorrido neste estudo passa pela correlação entre os princípios do Direito do Trabalho e direitos fundamentais, por meio de uma revisão de literatura sobre os temas. Em seguida, contextualiza-se a reforma trabalhista e sistematizam-se as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 para, então, analisá-las à luz dos princípios do Direito do Trabalho e dos direitos fundamentais trabalhistas.

Em linhas gerais, as considerações finais deste trabalho reúnem as questões de maior relevância da pesquisa e constroem uma análise crítica das alterações da reforma trabalhistas dotadas de inconstitucionalidades e incompatibilidade com os princípios do Direito do Trabalho.

2 O DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

As relações de trabalho na sociedade capitalista ocorrem de forma assimétrica, por meio de uma relação de dominação política, econômica e social do capital sobre o trabalho. Em uma relação de desigualdade material, a disparidade entre o empregado e o empregador é mitigada por normas de caráter protetivo advindas da conquista dos trabalhadores, a partir de movimentações político-sociais no tensionamento frente ao capital.

Nesse quadro, o Direito do Trabalho é um produto do sistema capitalista, cujo objetivo é retificar as distorções econômico-sociais decorrentes do sistema capitalista de produção

(DELGADO, 2011, p. 79) e as suas funções essenciais são a valorização social do trabalho e a preservação da dignidade humana do trabalhador no modelo de produção capitalista.

Com isso, segundo Supiot (2016, p. 247), abarcam-se duas concepções jurídicas opostas, contando-se com a crítica marxista e com a crítica liberal da legalização do Direito do Trabalho. De um lado, critica-se por apresentar a matriz liberal, segundo a qual a relação de trabalho respeita os conceitos de propriedade e de contrato sem distinção ontológica dos demais ramos jurídicos, sendo, pois, como qualquer outro Direito. Lado outro, envolve normas de proteção que não correspondem às exigências lógico-formais do Direito, não sendo, então, verdadeiramente Direito (SUPIOT, 2016, p. 248). Nesse sentido, o presente estudo compreende o Direito do trabalho como um ramo jurídico que contempla as duas lógicas contraditórias que ensejam suas críticas, de modo que se reconhece seu caráter insurgente porque subverte a lógica tradicional do Direito, ao mesmo tempo em que apresenta um lado conservador porque Direito.

Assim é que são reconhecidos os limites do Direito do Trabalho, sem, contudo, deixar de reconhecer que este “pode ser instrumento de uma sociedade mais justa, mesmo que as forças econômicas afastem as leis sociais ou, influenciando a política, façam criar leis anti-sociais” (SOUTO MAIOR, 2000, p. 246), no contexto de exploração da classe trabalhadora.

Ocorre que, “na medida em que envolvem interesses contraditórios, as relações capitalistas de produção estruturam-se, simultaneamente, como relações de cooperação e de conflito no processo de trabalho, configurando um equilíbrio instável” (CATTANI, 1999, p. 206).

No conflito entre capital e trabalho, “o empregador age naturalmente como ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações – ainda que intraempresariais – têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla.” (DELGADO, 2013, p. 188). Enquanto o trabalhador, sobretudo individualmente considerado, não detém poder de negociação e impacto na relação de trabalho, de modo que tal disparidade “fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego” (DELGADO, 2013, p. 188).

Por esse motivo, o Direito do Trabalho é calcado no Princípio da Proteção, norteador de um conjunto de regras, institutos, princípios e presunções próprias, cujo resultado é “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia, visando retificar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho” (DELGADO, 2013, p. 190).

De acordo com Delgado, além do Princípio da Proteção, outros compõem o núcleo basilar do Direito do Trabalho, sem os quais a noção de Direito do Trabalho descaracteriza-se totalmente, notadamente o Princípio da Norma Mais Favorável, que impõe a utilização da regra mais favorável ao trabalhador, quer seja na elaboração da regra, quer seja no confronto entre regras concorrentes e no contexto de interpretação das regras (DELGADO, 2013, p. 192).

No plano da aplicabilidade do princípio da Norma Mais Favorável, deve-se observar tanto a dimensão político legislativa, a partir da influência deste princípio no momento da elaboração da norma, como a análise interpretativa ou decorrente do conflito de regras e fontes, ocasião na qual se observará a fonte ou interpretação mais favorável ao empregado (DELGADO, 2013, p. 192).

Pontue-se o Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, totalmente coerente com a compreensão histórico social do Direito do Trabalho, visto que impede a disposição, pelo empregado, deliberadamente das vantagens e proteções asseguradas pela ordem jurídica e pelo contrato (DELGADO, 2013, p. 192).

No mesmo sentido, “o Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas preconiza que deve prevalecer no sistema juslaborativo o domínio das regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas.” (DELGADO, 2013, p. 193).

Por esse caminho, compreende-se que as normas trabalhistas não estão submetidas à autonomia da vontade individual, justamente porque o Direito do Trabalho advém da necessidade de impor limites à autonomia das partes, a fim de impedir e limitar a exploração do trabalhador pelo empregador (MARANHÃO, 1978, p. 35).

Construído sobre tais fundamentos, o Direito do Trabalho assegura uma base mínima de proteção legalmente prevista, ao passo em que permite que sejam agregados mais direitos ao conjunto mínimo por meio de negociação entre as partes, tal como dispostos no art. 7º da Carta Magna: “além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição”. Em outras palavras, os direitos sociais trabalhistas assegurados constitucionalmente são o patamar mínimo estabelecido pelo legislador, os quais podem ser ampliados pela legislação infraconstitucional e pela autonomia das partes, com o fito de melhorar as condições sociais dos trabalhadores.

Para a classe trabalhadora, a instituição desse patamar mínimo, em certa medida, possibilita que os direitos sociais trabalhistas sejam um instrumento mais efetivo de concretização dos princípios, valores e regras constitucionais da prevalência da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho (DELGADO, 2014, p. 163).

Com efeito, o princípio da proteção ao hipossuficiente foi inserido no *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, ao prever que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição”. Nessa linha, reconhece-se a forma incisiva na inserção do princípio protetor no texto constitucional, ao prever um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores, com a possibilidade de criação de outros para a melhoria de suas condições de existência. E, ainda que assim não fosse, “os fundamentos do Estado brasileiro pertinentes à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho seriam suficientes para admitir sua inserção em nível constitucional do postulado tuitivo” (SILVA NETO, 2013, p. 791).

Em cotejo com as alterações legislativas infraconstitucionais em matéria trabalhista, infere-se a violação frontal aos fundamentos constitucionais da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Mais do que isso, a essência da reforma trabalhista anda na contramão dos direitos sociais trabalhistas assegurados como forma de concretização dos valores constitucionais.

Além do mais, os direitos fundamentais englobam os direitos individuais, os direitos coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos e os relacionados aos partidos políticos, conforme o Título II da Constituição Federal de 1988 (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 42).

De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto,

São direitos fundamentais os que: i) decorrem dos princípios e regime adotados pela Constituição de 1988; ii) estão presentes no bloco de constitucionalidade; iii) resultam de norma internacional subscrita e ratificada antes da promulgação da EC n. 45/2004; iv) residem na própria legislação ordinária, quando é a Constituição que os absorve em razão dos comandos imperativos que expede. (SILVA NETO, 2013, p. 678).

Os direitos trabalhistas são direitos fundamentais e, como tais, são “dotados de uma dupla e combinada dimensão, na medida em que são, ao mesmo tempo, direitos e garantias individuais de seus titulares e são direitos sociais” (DELGADO, 2014, p. 163). Como direitos sociais, englobam a categoria de direitos de *status positivus*, caracterizados como aqueles que possibilitam ao indivíduo exigir determinada ação do Estado para garantia de melhores condições de vida (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 52).

A efetivação dos direitos de *status positivus* ocorre tanto através de prestações materiais como normativas. Na dimensão de prestações materiais, a concretização decorre do oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não têm condições de adquiri-lo no mercado ou por meio de oferecimento universal de serviços controlados pelo Estado. Enquanto a

dimensão normativa consiste na criação de normas que tutelem interesses individuais, como a determinação de férias, limitação de jornada etc. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53).

No entanto, não se deve reconduzir o amplo espectro dos direitos fundamentais à órbita individual do sujeito, porquanto “a categoria dos direitos fundamentais não se esgota no restrito campo das prerrogativas que se indicam às pessoas individualmente consideradas” (SILVA NETO, 2013, p. 670).

Com evidência, as prestações estatais, que preveem prerrogativas de efetivação individual, buscam atingir a coletividade, na hipótese do art. 7º, a coletividade de trabalhadores, cuja fundamentalidade material ultrapassa o texto expresso da Constituição Federal de 1988.

É o que acontece com o bloco de constitucionalidade e com os direitos materialmente fundamentais previstos em lei ordinária integrativos de comandos jusfundamentais, “cujo exemplo são os direitos sociais trabalhistas decorrentes do comando do art. 7º, *caput*, parte final, da Constituição Federal” (SILVA NETO, 2013 p. 677). Os direitos sociais do trabalho são dotados de fundamentalidade constitucional por funcionarem como elementos integradores do depósito mínimo dos direitos fundamentais do trabalho.

Atualmente, além da grande dificuldade em fazer valer, de forma eficiente e eficaz, a progressividade e a concretização dos objetivos sociais e dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos e assegurados, a manutenção de muitos direitos sociais trabalhistas – às vezes sequer efetivados – encontram-se em risco mesmo com a proibição de retrocesso social. Nesse aspecto, mesmo diante da necessidade de progressividade dos direitos sociais, o contexto atual revela a importância de se preocupar também com a manutenção e consolidação dos direitos previstos como mínimos (SARLET, 2014, p. 184).

Por esse motivo, não cabe ao legislador ordinário a eliminação de normas legais que concretizam os direitos sociais, subtraindo a eficácia jurídica de normas constitucionais, “já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador” (SARLET, 2014, p. 185). Os institutos jurídicos criados com o intuito de concretizar a proteção de direito fundamental passam a ter sua existência constitucionalmente garantida (SARLET, 2014, p. 187). Nesse sentido, apenas são possíveis mudanças dentro dos limites constitucionalmente admitidos, não havendo possibilidade de retrocessos ou revogação total dessas normas dotadas de materialidade jusfundamental.

Compreende-se, portanto, que os direitos sociais trabalhistas, especialmente no que se refere às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, “são partes

componentes do núcleo inexpugnável da Constituição, na qualidade de direitos e garantias individuais fundamentais” (DELGADO, 2014, p. 164). É nesse contexto que se deve observar se as alterações legais promovidas pela reforma trabalhista encontram-se de acordo com os direitos fundamentais e os princípios do direito do trabalho.

3 O CONTEXTO DA REFORMA TRABALHISTA

Em um cenário de grave crise econômica e política, a aprovação da reforma trabalhista representa uma das medidas liberalizantes adotadas pelo o governo como justificativa para superação dos problemas econômicos, dentre diversas outras medidas, tais como o congelamento dos gastos públicos, as privatizações e a proposta de reforma da previdência.

Em linhas gerais, as medidas adotadas por meio da reforma trabalhista preveem a substituição da lei pelo contrato; a diminuição da proteção legal residual; a diversificação das modalidades contratuais, distintas do assalariamento clássico representado pelo contrato por tempo indeterminado; a substituição de direitos universais por direitos diferenciados; a negociação coletiva no âmbito da empresa em detrimento da negociação coletiva da categoria; o incentivo à autocomposição das partes em vez do judiciário para a resolução dos conflitos trabalhistas (CESIT, 2017, pp. 18 e 19).

Da perspectiva jurídica, a reforma busca afastar a lógica do Direito do Trabalho, com a proteção social constitucionalmente assegurada, para transpor uma lógica de autonomia da vontade utilizada nos outros ramos jurídicos, notadamente no Direito Civil.

Em outros termos, pode-se dizer que a lógica do Direito do Trabalho vem sendo minada, olvidando-se dos fundamentos que sustentam este ramo específico do Direito. Reduz-se – ou até mesmo suprime-se – a proteção ao trabalhador, elemento estrutural não só para permitir um patamar de direitos mínimos, mas também possibilitar a reprodução do capital por meio da exploração em padrões aceitáveis.

Os patamares mínimos de exploração moldam e possibilitam a manutenção do próprio sistema capitalista, porquanto numa relação pautada na exploração desenfreada, sem a garantia dos direitos sociais trabalhistas, diminui-se a capacidade de consumo e perdem-se os padrões mínimos de concorrência (SEVERO, 2017). Acrescente-se que “a experiência brasileira recente mostra que os argumentos de defesa do atual desmonte da legislação trabalhista são falaciosos e frágeis, pois não se sustentam histórica e empiricamente” (CESIT, 2017).

Em verdade, a reforma serve como mecanismo de criação das condições necessárias para que o mercado seja ainda mais dominante sobre a relação de trabalho, diminuindo os riscos para o capital e aumentando a exploração do trabalho para “promover condições que favorecem somente um ator na sociedade: os empregadores” (CESIT, 2017).

Com efeito, a essência da reforma trabalhista é incompatível com a sistemática trabalhista, na realidade, trata-se de “uma nova legislação, empresarial, que nega substancialmente a razão de existência do Direito do Trabalho” (SEVERO, 2017).

Nesse contexto, identificam-se e sistematizam-se os dispositivos apontados como inconstitucionais e incompatíveis com os princípios do direito do trabalho, a fim de descrever as mudanças para, em seguida, analisá-los à luz dos direitos fundamentais e princípios do direito do trabalho.

Em relação à jornada de trabalho, identificam-se o art. 59, § 5º; 59-A; 60; 62, III; os quais versam sobre acordo individual escrito para jornadas excepcionais e exclusão da desnecessidade de controle de jornada do teletrabalhador.

Registre-se que o art. 59, § 5º prevê a possibilidade de o banco de horas ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. Já o art. 59-A estabelece a possibilidade de 12h x 36h mediante acordo individual escrito e o art. 60 exclui a necessidade de licença prévia nesta modalidade de jornada. Por meio do inciso III do art. 62, acrescentou-se o teletrabalho no rol de atividades que prescindem controle de jornada.

No tocante à responsabilidade civil, a mudança refere-se à criação de critérios específicos para fixação de danos morais na Justiça do Trabalho, na medida em que os arts. 223-A a 223-G pretendem limitar a análise do dano extrapatrimonial a partir de critérios próprios e inserindo a tarifação dos danos morais.

Fixe-se que o art. 223-A estabelece que, em matéria de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho, “apenas” os dispostos nos arts. 223-A a 223-G são aplicáveis. Além disso, impõe expressa tarifação dos danos morais no § 1º do art. 223-G.

Relativamente ao trabalho da gestante em condições insalubres, os incisos II e III do art. 394-A estabelecem que a gestante deve afastar-se das atividades quando apresentar atestados médicos com recomendação para afastamento das atividades insalubres durante a gestação e a lactação.

No que tange ao contrato de trabalho intermitente, trata-se de nova modalidade contratual inserida por meio do art. 452-A, cuja essência é possibilitar o pagamento por hora e sob demanda do empregador.

Em relação à autonomia negocial, as alterações promovidas consistem na possibilidade de disposição e pactuação de direitos por meio da autonomia da vontade coletiva e individual, com prevalência do negociado sobre o legislado. Neste aspecto, destacam-se para análise os artigos 507-A, 507-B e 611-A, XIII e XIV da Lei n. 13.467/2017.

Sobre matérias processuais, foram estabelecidas regras sobre sucumbência, nas quais se impõe à parte sucumbente o pagamento de honorários periciais e advocatícios, inclusive por meio do desconto de seu crédito, tal como previsto nos artigos 790-B e 791-A, § 4º.

A partir da breve descrição de tais dispositivos, evidencia-se a possibilidade de incompatibilidade com os direitos fundamentais e os princípios do Direito do Trabalho, de modo a aguçar uma análise mais detida dessas possíveis incompatibilidades.

4 UMA ANÁLISE DAS VIOLAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Nesta seção, analisam-se mais detidamente as possíveis violações das alterações da reforma trabalhistas, utilizando os direitos fundamentais e os princípios do Direito do Trabalho como parâmetro de análise. Conforme a breve sistematização, a análise perpassa por aspectos da jornada, da saúde e segurança do trabalho, do acesso à justiça e da subversão da lógica do Direito do Trabalho.

Com evidência, cada conjunto de mudanças promovidas merece uma atenção aprofundada, de modo que a análise aqui realizada não busca esgotar os temas, mas, sim, sinalizar as incompatibilidades, ao mesmo tempo em que explana o panorama das mudanças realizadas.

4.1 MUDANÇAS NA JORNADA DE TRABALHO

De acordo com Sadi Dal Rosso (2006), a duração do trabalho significa a quantidade de tempo consumido pelo trabalho na vida das pessoas, cujas implicações incidem sobre a qualidade de vida das pessoas – sobretudo as condições de saúde – e a quantidade de tempo dedicado às atividades econômicas.

Numa perspectiva histórica, a curva da jornada não pode ser analisada com apenas um olhar descritivo, sob pena de resultar na falsa impressão de que a jornada caminha no sentido

da redução, porque, analiticamente, a realidade concreta demonstra outro ponto de vista, no sentido de que os parâmetros relativos à jornada amoldam-se a partir das tensões entre capital e trabalho.

Analiticamente, o interesse acerca da jornada envolve, por óbvio, os trabalhadores, os empregadores e o Estado, por meio de tensões que implicam na oscilação relativa à duração da jornada de trabalho, decorrentes das relações concretas e na produção legislativa.

Em observância à concretude das relações e das condições materiais mínimas de sobrevivência, percebe-se que “a jornada máxima decorre do fato de que as pessoas têm uma capacidade máxima de trabalhar, apesar das variabilidades individuais, sem afetar as condições de saúde e de vida.” (DAL ROSSO, 2006). Logo, a limitação da jornada de trabalho tem por objetivo garantir que o trabalhador possa exercer suas atividades de forma saudável física e psicologicamente.

De modo positivo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XIII, estabeleceu a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Registre-se, ainda, que a limitação de oito horas diárias está prevista também no art. 2º da Convenção n. 01 da OIT.

Entretanto, no âmbito da reforma trabalhista, introduziu-se a possibilidade de a jornada de trabalho ultrapassar o limite máximo constitucionalmente estabelecido, de modo a contrariar frontalmente o texto constitucional.

É que o §5º do art. 59 da Lei n. 13.467/2017 previu a possibilidade de ser instituído banco de horas individualmente acordado, em referência ao § 2º do mesmo dispositivo, que permite a extrapolação da jornada no limite de 10 horas diárias. Mais do que isso, o art. 59-A instituiu a possibilidade de as partes acordarem individualmente a jornada 12x36 – doze horas diárias com trinta e seis horas de descanso – também extrapolando o limite máximo constitucional.

Em ambos os dispositivos – §5º do art. 59 e art. 59-A – evidencia-se o confronto direto, literal e objetivo ao limite constitucional de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. De tal modo os artigos 59, § 5º, e 59-A são manifestamente inconstitucionais, porquanto violam, literalmente, o direito fundamental previsto no art. 7º, XIII, da CF/88.

Registre-se, por necessário, que a compensação de jornada por banco de horas somente pode ser instituída com aval do sindicato da categoria, por força da parte final do art. 7º, XIII, da CF/88, prestigiando a autonomia coletiva das partes, mas jamais poderá o

trabalhador, individualmente considerado, firmar acordo de extrapolação de jornada que ultrapasse o limite máximo previsto na Carta Magna.

Cumprе salientar, ainda, que tais dispositivos esbarram no Princípio da Norma Mais Favorável, porquanto na interpretação entre normas deve prevalecer aquela que for mais favorável ao trabalhador, de sorte a afastar os dispositivos criados pela Lei n. 13.467/2017.

Por derradeiro, pontue-se que as questões relativas à duração do trabalho têm efeitos diretos sobre a saúde do trabalhador, ocasionando desgastes físicos e psicológicos decorrentes de jornadas prolongadas, as quais oferecem “riscos excessivos aos trabalhadores e a toda sociedade, tais como: aumento do número de acidentes, doenças ocupacionais (que afetam a psique do trabalhador), etc” (CESIT, 2017, p. 43).

Logo, as normas relacionadas à duração do trabalho encontram-se imbricadas na proteção da saúde do trabalhador, de modo que não há como afastar o caráter de norma de saúde e segurança do trabalhador das normas relativas aos limites da jornada de trabalho.

4.2 TRABALHO DA GESTANTE OU LACTANTE EM CONDIÇÕES INSALUBRES

Com relação ao trabalho da gestante em condições insalubres, o direito fundamental do trabalho tutelado refere-se à proteção contra os riscos à saúde inerentes às atividades realizadas. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988 tem previsão expressa no artigo 7º, inciso XXII, cujo objetivo é a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Especificamente, o artigo 6º, *caput*, da Carta Magna estabelece a proteção à maternidade e à infância como direito fundamental social.

De modo contrário aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, o art. 394-A, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, previu que a gestante deve se afastar das atividades quando apresentar atestados médicos com recomendação para afastamento das atividades insalubres durante a gestação e a lactação. Em outras palavras, o referido dispositivo estabelece a apresentação de atestado médico como requisito para afastamento das atividades insalubres em graus mínimo e médio.

Logo, a norma insculpida no art. 394-A, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, além de ferir frontalmente o artigo 6º, *caput*, e o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, caminha em sentido contrário ao direito fundamental à saúde da mulher e da lactante, na medida em que impõe requisito para o afastamento das atividades insalubres.

A análise dos dispositivos constitucionais referentes à proteção e saúde da trabalhadora não possibilita a relativização desse direito com a imposição de requisitos para a

sua efetivação, uma vez que o objetivo da norma fundamental é afastar quaisquer riscos inerentes ao trabalho insalubre da gestante e lactante.

Sobre trabalhadoras gestantes e lactantes, Pustiglione (2017) aponta que a submissão a agentes de risco ocupacional físicos, químicos e biológicos pode colocar em risco a gestação, o conceito e a lactante. Por consequência, propõe-se a análise dos riscos ambientais por meio de um elucidativo fluxograma para avaliação do risco do ambiente laboral. Num primeiro momento, faz-se necessário identificar a existência de agente de risco no ambiente de trabalho, a fim de identificar a possibilidade de remoção da condição insalubre.

Diante da impossibilidade de remoção do risco do ambiente de trabalho, o referido autor sugere três ações para contornar a presença de agentes de risco à gestante e evitar o contato com agentes insalubres, quais sejam: ajustar as condições de trabalho para que não tenha mais contato com os agentes de risco durante a gestação ou lactação; dar um trabalho alternativo durante o período de gestação ou lactação; ou afastar a trabalhadora no período em que houver a necessidade de proteção de sua saúde e de seu filho.

Nesse contexto, evidencia-se que a existência de riscos para as trabalhadoras gestantes ou lactantes resulta na necessidade de afastamento da atividade reconhecidamente insalubre, tendo em conta que as atividades em condições insalubres podem resultar em prejuízos à saúde da trabalhadora, ao mesmo tempo em que a Carta Magna, em seus artigos 6º, *caput*, e 7º, inciso XXII, consagrou, expressamente, a proteção ao trabalho em condições insalubres, especialmente o trabalho da mulher gestante e lactante.

4.3 CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A Lei n. 13.467/2017 introduziu a possibilidade de contratação de trabalho intermitente, inserindo ao *caput* do art. 443 essa nova modalidade de prestação de trabalho, cuja definição foi estabelecida no § 3º, nos seguintes termos:

§ 3 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.

Depreende-se do próprio conceito do contrato de trabalho intermitente a violação mais flagrante ao *caput* do art. 7º da CF/88, por representar o maior retrocesso em termos de possibilidades e artifícios para exploração do trabalhador.

Isso porque o contrato intermitente possibilita a formalização de um contrato de trabalho sem que haja, necessariamente, prestação de labor, salários ou qualquer garantia, tendo em vista que a efetiva prestação de trabalho depende da demanda do empregador.

Com efeito, o contrato permite a prestação de serviços de forma descontínua, podendo alternar períodos e, com isso, atender às demandas específicas dos empregadores, tendo como contraprestação o respectivo pagamento proporcional ao número de horas trabalhadas (CESIT, 2017, p. 33).

Sobre esse aspecto, a principal referência da realidade concreta é a experiência inglesa ao adotar o contrato zero hora, cuja flexibilização do contrato de trabalho serve para “ajustá-la às necessidades das empresas, quando elas necessitam de trabalho temporário ou surgem mudanças inesperadas que justifiquem a utilização de maior número de empregados” (DIEESE, 2017).

Em decorrência da flexibilidade e ausência de garantia de direitos mínimos, com a possibilidade de utilizar da mão de obra ao alvedrio do empregador, o contrato zero hora inglês quebrou o recorde de contratações com quase um milhão de trabalhadores sob este regime (MONAGHAN, 2017).

Em recente pesquisa, elaborada pela “Office for National Statistics” (ONS), observou-se uma queda na utilização do contrato zero hora, tendo como um dos indicativos de especialistas o receio das empresas contratantes em ferir suas imagens com a utilização de uma modalidade de trabalho tão precarizada (NUMBER..., 2017).

Em notícia veiculada antes da vigência da reforma, empresas brasileiras foram criticadas ao anunciar vagas de empregos nos moldes da reforma trabalhista, cuja proposta sugeria o labor por 5 horas aos sábados com a percepção de R\$ 4,45 por hora trabalhada (GASPARINI, 2017).

Com efeito, a jornada de trabalho intermitente é uma reivindicação antiga do setor de comércio e serviços, o que pode ser inferido pela notícia supracitada. Nota-se que sua utilização se amolda a trabalhos com demandas eventuais, “como trabalho em finais de semana, atendimento a horários de maior pico em bares e restaurantes, mas também poderá ser implementada em linhas de produção, escolas e hospitais” (CESIT, 2017, p. 33).

Decerto, as questões envolvendo o trabalho intermitente ainda vão gerar muitos debates sobre a utilização da força de trabalho, bem como a proteção social aos trabalhadores que se submetem a esta modalidade contratual, sobretudo quanto à adequação de seus requisitos aos princípios do Direito do Trabalho e aos direitos fundamentais.

Especificamente, o art. 452-A detalha os requisitos para a celebração do contrato de trabalho intermitente, cujos elementos serão utilizados para análise da essência do referido contrato e sua incompatibilidade com os princípios do Direito do Trabalho e com os direitos fundamentais.

Para análise, cumpre transcrever os requisitos previstos no art. 452-A da Lei n. 13.467/2017:

Art. 452-A. 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.

§ 1 O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2 Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3 A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4 Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

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

A análise detida dos requisitos conduz à percepção de que o trabalhador encontra-se constantemente subordinado e à disposição do empregador, porquanto se encontra submetido à convocação do empregador por qualquer meio eficaz, nos termos do § 1º do art. 452-A.

Ademais, “não há nenhuma previsibilidade em relação ao número de horas contratadas, nem à remuneração a ser recebida” (CESIT, 2017, p. 35), uma vez que o *caput* do art. 452-A apenas fixa que deve ser respeitado o salário mínimo hora, sem, contudo, garantir um mínimo diário, semanal ou mensal ao trabalhador.

Em essência, o contrato de trabalho intermitente malfez o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF/88), transformando-o em simples mercadoria disponível no mercado de trabalho – leia-se mercado no sentido mais literal da palavra – possibilitando a utilização do trabalho subordinado sem que haja um vínculo protegido que permita a sobrevivência digna do trabalhador.

Nesse aspecto, a dignidade do trabalhador encontra-se atacada, na medida em que sua força de trabalho se torna apenas uma mercadoria, cujo uso fica disponível ao alvedrio do empregador, violando o princípio fundamental da dignidade de pessoa humana, com fulcro no art. 1º, III, da CF/88.

Ainda no que tange ao contrato de trabalho intermitente, o direito fundamental à remuneração equivalente ao salário mínimo deve ser respeitado, inclusive quanto à remuneração mensal equivalente ao mínimo constitucional, previsto no art. 7º, VII, da CF/88.

Isso porque não há exceção à regra constitucionalmente prevista de remuneração do salário mínimo aos trabalhadores que percebam remuneração variável, como é a hipótese dos trabalhadores contratados pelo regime de trabalho intermitente.

Com efeito, a fixação de um mínimo constitucional visa à garantia de que a classe que vive do trabalho tenha uma remuneração capaz de atender às necessidades básicas de sobrevivência com dignidade, nos moldes do art. 7º, IV, da CF/88.

Diante disso, o contrato de trabalho intermitente deve ser interpretado e aplicado conforme a Constituição Federal de 1988, sobretudo no que se refere à observância do salário mínimo constitucional, bem como a existência prévia de uma jornada de trabalho que assegure uma previsibilidade mínima do labor a ser desempenhado.

4.4 LIMITAÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO

No plano processual, a reforma trabalhista impôs grave violação às garantias constitucionais de acesso à justiça ao responsabilizar o empregado pelo pagamento de custas e honorários sucumbenciais e periciais descontados de seu crédito alimentar.

Com efeito, a Lei n. 13.467/2017 instituiu condição muito mais gravosa que o diploma do direito processual civil para as hipóteses de sucumbência, conforme o art. 790-B “a responsabilidade pelo pagamento de honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.”

Trata-se de texto em flagrante violação ao art. 5º, XXXV e LXXIV, da CF/88, porquanto limita o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário sob pena, inclusive, de arcar com os créditos obtidos na relação trabalhista ou em outro processo perante a Justiça do Trabalho, consoante se depreende da redação do § 4º do art. 790-B: “Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

De mais a mais, revela-se totalmente incoerente, com a sistemática processual e com o direito material do trabalho, o desconto de eventuais créditos para pagamento de honorários periciais ou advocatícios, sobretudo por se tratar de crédito trabalhista de natureza alimentar. Registre-se, ainda, que a proteção ao salário é direito do trabalhador, nos termos do inciso X do art. 7º da CF/88.

Evidencia-se, também, a violação aos consagrados princípios do contraditório e ampla defesa previstos no art. 5º, LV, da CF/88, na medida em que impõe o ônus processual de forma desigual ao trabalhador, sem considerar a desigualdade material existente entre as partes que deve, também, verter no âmbito processual.

Mais uma vez, portanto, os dispositivos inseridos pela reforma trabalhista violam os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, bem assim os princípios do Direito do Trabalho, limitando o acesso do trabalhador ao judiciário e impondo ônus demasiados com os quais o trabalhador litigante, na esmagadora maioria das vezes, não pode suportar, sobretudo na condição de vulnerabilidade a que se encontra submetido ao demandar na Justiça do Trabalho.

Decerto, tais limitações de acesso ao judiciário olvidam-se, inclusive, dos objetivos constitucionais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária com a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais para a promoção do bem de todos, consoante prevê o art. 3º I, III, IV CF/88.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As constantes transformações que incidem diretamente nas relações de trabalho reguladas e protegidas impõem aos juristas, trabalhadores e classe econômica um debate necessário sobre os rumos do mundo do trabalho.

No contexto de reforma trabalhista e rediscussão sobre os parâmetros do trabalho, a retomada dos princípios do Direito do Trabalho e a utilização dos direitos sociais trabalhistas constitucionalmente previstos são medidas urgentes para analisar as alterações promovidas pela Lei n. 13.647/2017.

Com efeito, não se pode perder de vista que a análise das normas trabalhistas tem de observar os princípios do Direito do Trabalho, sobretudo o princípio da proteção, fundante e estruturante do Direito do Trabalho, sem o qual este não tem razão de existir no sistema jurídico.

De igual modo, a correlação entre os princípios do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais trabalhistas devem ser resgatados para a limitação da exploração do trabalho pelo capital, na tentativa de reequilibrar e retomar parâmetros aceitáveis de exploração do trabalho.

Em breve análise realizada neste estudo, observou-se que as mudanças relativas à jornada de trabalho, ao trabalho da gestante, à forma de contratação intermitente, às regras

processuais de sucumbência caracterizam flagrante violação aos direitos sociais trabalhistas e aos princípios do Direito do Trabalho.

Com evidência, a análise aqui realizada representa apenas o início de estudo que não pretendeu discutir sobre as questões fundantes e estruturantes que envolvem a reforma trabalhista, mas, sim, levantar as questões principais e explicitamente incompatíveis com os direitos fundamentais do trabalho e os princípios do Direito do Trabalho.

Decerto, diante de tal contexto, “a ‘revolução’, hoje, não é, simplesmente, a busca de ‘novos’ direitos, mas impedir que esses direitos já conquistados sejam erradicados, sem desprezar, é claro, a constante luta pela efetividade desses mesmos direitos.” (SOUTO MAIOR, 1998, p. 128).

Assim é que esta breve análise não representa, pois, a busca progressiva de mais direitos ou novos direitos, em verdade, amolda-se na tentativa de impedir o extermínio dos direitos conquistados, ao passo que pretende efetivar e retomar os princípios e direitos fundamentais que protegem a classe que vive do trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 outubro 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.467 de 13 junho 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: setembro 2017.

CATTANI, Antonio David. *Formação Profissional*. In: CATTANI, Antonio David (org.). *Trabalho e Tecnologia: dicionário crítico*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

CESIT - CENTRO DE ESTUDOS SINDICAIS E DE ECONOMIA DO TRABALHO. *Contribuição crítica à Reforma Trabalhista*. Campinas, 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie-14set2017.pdf>. Acesso em 26 setembro 2017.

DAL ROSSO, Sadi. *Jornada de Trabalho: Duração e Intensidade*. *Ciência e Cultura*. vol. 58. n 4. São Paulo, Outubro/Dezembro. 2006. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000400016 Acesso em: setembro 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

- DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira (org.). *Trabalho, Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, pp 161-167.
- DIEESE. *Contrato de Trabalho Intermitente*. São Paulo: DIEESE, junho 2017. (texto síntese). Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2017/contratoIntermitente.pdf>. Acesso em: setembro 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GASPARINI, Claudia. Vaga que “antecipa” reforma trabalhista viraliza na internet. *Revista Exame*. [s.l.], 31 outubro 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/vaga-que-antecipa-reforma-trabalhista-viraliza-na-internet/> Acesso em: outubro 2017.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1978.
- MONAGHAN, Angela. *Record 910,000 UK workers on zero-hours contracts*. The Guardian. [s.l.], 03 março 2008. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2017/mar/03/zero-hours-contracts-uk-record-high> Acesso em: outubro 2017.
- NUMBER of UK workers on zero-hours contracts falls. *BBC*. [s.l.], 19 setembro 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/business-41317822> Acesso em: outubro 2017.
- PUSTIGLIONE, Marcelo. Trabalhadoras gestantes e lactantes: impacto de agentes de risco ocupacional (ARO) no processo de gestação, no conceito e no lactente. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*. vol. 15, p. 284-294. 2017. Disponível em: <http://www.rbmt.org.br/details/260/pt-BR> Acesso em: novembro 2017.
- REFORMA trabalhista: Anamatra divulga íntegra dos enunciados aprovados na 2ª Jornada. *ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho*. Brasília, 19 de outubro 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25797-reforma-trabalhista-anamatra-divulga-integra-dos-enunciados-aprovados-na-2-jornada> Acesso em: outubro 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: contributo para uma discussão. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira (Org.). *Trabalho, Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, pp 176-197
- SEVERO, Valdete Souto. *Análise de projeto de Reforma Trabalhista*. [s.l.], abril de 2017. Disponível em: <https://rodrigocarelli.org/2017/04/27/analise-de-projeto-de-reforma-trabalhista-valdete-souto-severo-artigo-de-outras-autores/> Acesso em: outubro 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

SUPIOT, Alan. *Crítica do Direito do Trabalho*. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.