

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

DIREITO DO TRABALHO: FLEXIBILIZAÇÃO E REFORMA

HALYNNE OLIVEIRA DE ARAÚJO

SÃO MATEUS

2018

HALYNNE OLIVEIRA DE ARAÚJO

DIREITO DO TRABALHO: FLEXIBILIZAÇÃO E REFORMA

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Roberto Fanti de Resende.

SÃO MATEUS

HALYNNE OLIVEIRA DE ARAÚJO

DIREITO DO TRABALHO: FLEXIBILIZAÇÃO E REFORMA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Roberto Fanti de Resende
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Dedico a Deus mais esta vitória em minha vida. Foi ele que deu sabedoria, orientando para fazer as melhores escolhas e que está ao meu lado nesse momento e também a minha querida Mãe e ao meu amor Bruno que são prova do cuidado de Deus comigo.

Agradeço a todos os professores, especialmente a Roberto Fanti, que me deu todo o suporte com suas orientações e de forma alguma poderia deixar de agradecer a Deus que com sua bondade e misericórdia permitiu que eu chegasse até aqui.

“Elevo os meus olhos para os montes; de onde me vem o socorro? O meu socorro vem do Senhor, que fez os céus e a terra.”

Salmos 121:1-2

RESUMO

A finalidade do presente trabalho é verificar o fenômeno da flexibilização das normas trabalhistas no Brasil, bem como as principais mudanças advindas da recente reforma. Daí, sabe-se que os direitos trabalhistas foram conquistados pelo ser humano e não foram simplesmente dados pelo Estado. O ser humano que já uma mera engrenagem do sistema industrial capitalista, com o nascimento e desenvolvimento do Direito do Trabalho passou a ser um sujeito de direitos. Contudo, com a globalização e suas consequências, sobretudo a necessidade de expansão do mercado consumidor, da busca por redução de gastos com a mão-de-obra e etc., somadas a crises globais da economia, tem surgido nas últimas décadas movimentos de flexibilização consistindo respectivamente, na minimização das regras trabalhistas e abstenção estatal nas relações do trabalho, fato que vem sendo praticado no Brasil a pretexto de incluir e diminuir o desemprego. Entretanto, o trabalhador tem sido prejudicado, sobretudo nos países em pobres ou em desenvolvimento como o Brasil, dada a flexibilidade existente sem que houvesse efetiva implementação dos direitos sociais. Assim é o cenário em que surge a Lei 13.467/2017, expressando a face mais cruel da flexibilização, pois a Reforma Trabalhista se deu sem maiores reflexões da sociedade, faltando legitimidade democrática, bem como violando a força normativa, proporcionalidade e eficácia irradiante dos direitos fundamentais, além de não se ter certeza que trará resultados na diminuição do desemprego e inclusão no trabalho, eis que relativiza direitos sociais que custaram caro ao cidadão homem para conquistá-los.

Palavras-chave: Reforma. Direito do trabalho. Flexibilização. Direito Social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO9

1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO10

1.1 HISTÓRICO E FONTES10

1.1.2 Contexto histórico no Brasil14

1.2 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO16

1.2.1 Fonte formal16

1.2.2 Fonte material17

1.3 PRINCÍPIOS NOTÁVEIS17

1.3.1 Princípio da proteção19

1.3.2 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos21

1.3.3 Princípio da continuidade da relação de emprego22

1.3.4 Princípio da primazia da realidade22

1.3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO23

1.3.1 Método gramatical24

1.3.2 Método sistemático24

1.3.3 Método histórico25

1.3.4 Método teleológico25

1.3.5 Método evolutivo26

2 REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO27

2.1 GLOBALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS27

2.2 A GLOBALIZAÇÃO E A CHAMADA CRISE DO DIREITO DO TRABALHO29

2.3 POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES DA REFORMA TRABALHISTA36

3 PRINCIPAIS TEMAS DA REFORMA TRABALHISTA43

3.1 A DURAÇÃO DO TRABALHO, O TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR E FÉRIAS43

3.1.1 Férias47

3.2 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA49

3.3 O TRABALHO DA MULHER E O TRABALHO INTERMITENTE54

3.3.1 A mulher e a atividade insalubre54

3.3.2 Intervalo antes da prorrogação da jornada56

3.3.3 Intervalo para amamentação58

3.3.4 O trabalho intermitente58

3.4 FLEXIBILIZAÇÃO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA63

CONSIDERAÇÕES FINAIS71

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁷⁴

INTRODUÇÃO

Os Direitos do Trabalhador passam por uma fase de turbulência, alçados a núcleo essencial dos direitos sociais por uns, ao passo que é tido como motivo de engessamento da máquina estatal e atraso na economia, para tanto outros.

Acontece que os direitos trabalhistas, de cunho constitucional, custaram caro a diversas vidas ao longo da história. Desde a escravidão, onde o homem era um objeto de trabalho até os dias atuais, onde o ser humano é sujeito desses direitos inerentes à sua própria existência digna.

Partindo-se desse princípio, e considerando que os Direitos Trabalhistas estão tutelados na Constituição Federal de 1988, resta então saber estudarmos a flexibilização das normas trabalhistas, sobretudo diante da Reforma promovida pelo Poder Executivo Federal e o Poder Legislativo da União, traduzindo-se no que é a Lei 13.467/2017, a qual alterou diversos pontos relevantes da Consolidação das Leis do Trabalho, fomentando com cerne das mudanças a negociação coletiva.

Logo, o objetivo é analisar, a partir do que é a flexibilização, a ocorrência de tal fenômeno no cenário legislativo brasileiro e sua compatibilidade com a Lei Maior.

Daí, utilizar-se-á da doutrina pátria constitucionalista e trabalhista à luz do texto constitucional e legal, irrigados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, com fundamento na metodologia da pesquisa bibliográfica.

Por derradeiro, o primeiro capítulo se incumbirá de trazer a tona os elementos do Direito do Trabalho, ou seja, sua evolução histórica no mundo, no Brasil, os princípios norteadores da matéria.

Em seguida, o segundo capítulo disporá sobre a flexibilização, seu conceito e classificação doutrinária, a diferenciação em relação a desregulamentação, bem como sobre as possíveis inconstitucionalidades inerentes à Reforma.

Por fim, o terceiro capítulo, como não poderia deixar de ser, fará uma análise, sob a ótica de diversos autores, das principais mudanças ocorridas em razão da reforma trabalhista.

Portanto, ao final, diante de tudo que será visto, certamente, será analisado de forma crítica, em favor do trabalhador, os reflexos das mudanças trazidas pela recente reforma.

1 FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 HISTÓRICO E FONTES

A matéria do direito do trabalho é normativamente nova, contudo, o trabalho está intrínseco ao homem desde os tempos primórdios, haja vista que busca incessantemente, formas de atender suas necessidades, como se alimentar, se defender, se abrigar juntamente com a família, sendo todas estas realizadas através do trabalho.

O histórico do direito do trabalho envolve diversas fases, embora tenha prevalecido o marco da sociedade industrial e o trabalho assalariado, no século XVIII como seu nascimento, de modo que antes há uma sociedade pré-industrial, caracterizada pela escravidão, tendo exemplos Roma, Grécia e Egito da Antiguidade, evoluindo numa espécie de terceira fase com o feudalismo, consubstanciado no regime de servidão, avançando para uma fase das corporações de ofício com os mestres, os companheiros e os aprendizes, até chegar a Revolução Francesa com a supressão dessas corporações, já que tidas como incompatíveis com o ideal de liberdade individual, conforme observa Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2018, p. 29 e 30).

Assim, podemos dizer que o trabalho (não o “trabalho” que conhecemos atualmente) é tão ancestral quanto o homem, eis que o mesmo utilizava (e ainda utiliza) suas mãos como ferramenta da peleja pela sobrevivência, conforme inclusive exemplifica Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 12), ao citar o trabalho na antiguidade:

[...] O trabalho sempre foi exercido pelo homem. Na antiguidade, o homem trabalhava para alimentar-se, defender-se e para fins de construção de instrumentos. A formação de tribos propiciou o início das lutas pelo poder e domínio. Os perdedores tornavam-se prisioneiros e, como tais, eram mortos e comidos. Alguns passaram à condição de escravos para execução de serviços mais penosos. A partir da escravidão surgiu o trabalho subordinado em favor de terceiro [...].

Ocorre que, apenas posteriormente foi adotado a permuta e a forma de uso, em serventia própria, o trabalho de outrem.

A mão de obra escrava é a mais fiel adequação ao perfil do trabalhador na história antiga. No decorrer do Medievalismo, haviam três tipos de trabalhadores: os subordinados, dominados na forma de concordata ao vassalo; os servos de gleba,

que eram quase escravos, podendo ainda, ser comercializados, doados, ou permutados com mercadorias ou até mesmo escravos; e os artífices, que eram o que se denomina hoje de autônomo, criando sua mercadoria e a vendendo.

Na história, lentamente o trabalhador foi reconhecido como pessoa, apesar de seus direitos ainda serem restritíssimos, o que foi um tremendo avanço desde a escravidão, conforme se verifica:

[...] O escravo sempre foi tido como coisa, mercadoria. Apesar de não ser reconhecido como sujeito de direito, transmitia esta condição aos filhos. Estava presente uma absoluta relação de domínio. Seu trabalho era gracioso e forçado em favor do ano [...] (CASSAR, 2017, p. 13).

Tempos depois, mas ainda durante o tempo Medieval, surgiu um fato nunca antes visto na história, sendo este semelhante ao sindicalismo atual: nasceram entes representativos dos trabalhadores e de produtos. Daí começa a batalha entre as classes se expandiu através de entidades representativas dos concorrentes, assim como funciona o sindicalismo atual.

Ainda nesse período, quando surgiu as corporações de ofício (locais onde os artesãos criavam e vendiam suas mercadorias), haviam três tipos de componentes: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

Os mestres eram donos das oficinas, já consagrados quando da elaboração de uma bela obra. Já os companheiros, eram trabalhadores livres, e que recebiam salário de mestre, sendo este de grau mediano. Os aprendizes eram menores que auferiam dos mestres o ensinamento sistemático do ofício, podendo passar para o grau de companheiros, desde que superassem os enigmas das teorias.

Muito embora o trabalhador fosse mais livre, a relação dos grupos com os trabalhadores era totalmente imperiosa, sendo mais propensa à concretização de seus interesses do que ao amparo destes. Nesta época, era possível identificar o aluguel de trabalho.

Após a Revolução Francesa (1789-1799), as corporações de ofício foram abolidas, pois estas eram conflitantes com o ideal de liberdade da pessoa. Na era liberal, o Estado não poderia interferir na economia. Assim, o direito do trabalho surge com a sociedade industrial e o serviço remunerado.

O motivo pelo qual desencadeou o nascimento dos direitos trabalhistas, foi a revolução industrial que ocorreu no século XVIII, quando foi descoberto o substituto

da força humana: a máquina a vapor como fonte de energia. Assim, a precisão de pessoas para a operação das máquinas a vapor e têxteis, cominou a troca do trabalho escravo pelo trabalho assalariado, conforme narra Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 12):

[...] O Direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. É produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano [...].

Há autores que trazem uma classificação utilizada em livros de Direito do Trabalho, que advém da essência de quatro fases principais constantes na evolução do Direito do Trabalho: formação, intensificação, consolidação e autonomia.

A fase de formação, perdurou de 1802 a 1848, iniciando-se no Peel's Act (Lei de Peel) no começo do século XIX na Inglaterra, que trata essencialmente e normas protetivas de menores. A referida norma legal inglês visa a limitar a utilização dos trabalhos dos menores. As outras leis desta fase são também de caráter humanitário, que procuravam diminuir a violência da superexploração em detrimento das mulheres e menores. Mas, a expectativa normativa trabalhista ainda é dispersa, inexistindo entendimentos jurídicos próprios e autônomos (RESENDE, 2016. p. 02).

Na fase da intensificação que durou de 1848 a 1890, surgiu no “Manifesto Comunista de 1848” e, na França, com os resultados da Revolução de 1848, como o estabelecimento da liberdade de associação, e o nascimento do Ministério do Trabalho.

A fase da consolidação persistiu entre 1890 a 1919. Aqui, os inícios são a Conferência de Berlim em 1880, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum*, em 1891 – Papa Leão XIII. Essa Encíclica fez uma ampla referência à precisão de uma nova conduta das classes dirigentes ante a “questão social”, que abordava em sua redação os direitos e obrigações entre empregadores e empregados, realçando o respeito e a dignidade dos trabalhadores, seja no âmbito espiritual ou físico. Noutro giro, o proletário era obrigado a cumprir firmemente o que ficou estabelecido em contrato, não usar da brutalidade em suas atitudes reivindicatórias, tampouco usar meios fraudulentos para atingir seus desígnios.

A última fase, a fase da autonomia, iniciou-se em 1919, perdurando-se às dezenas de anos futuros do século XX. Os alcances iniciais foram marcados pela

criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT em 1919, pela Constituição do México em 1917 e pela Constituição da Alemanha em 1919.

Assim, com o fim da Primeira Guerra Mundial, nasce o Constitucionalismo Social, expressando a inserção, nas Constituições, das normas relacionadas à defesa dos interesses da sociedade, garantindo ainda, os direitos trabalhistas.

A primeira Constituição no Mundo que abordou o Direito do Trabalho foi a Constituição do México em 1917. O art. 123 da referida carta Magna estabelece as jornadas mínimas e máximas, vedava a mão de obra trabalhadora de menores de 12 anos, restringia a jornada do menor de 16 anos, estabelece o descanso semanal, cria a proteção à maternidade, implementa o salário mínimo em conjunto com a igualdade salarial e a proteção dos empregados na prevenção de acidentes de trabalho, o direito de sindicalizar, o direito da greve, bem como a possibilidade de conciliação e arbitragem dos conflitos, o direito à dispensa indenizada e a os seguros sociais.

A Constituição da Alemanha de Weimar foi a segunda Carta Magna a abordar o tema, com repercussão até na Europa, que abordava a organização dos empregados nas empresas, a liberdade de reunião dos trabalhadores no intuito de reivindicar as melhores condições de trabalho, o direito a um sistema de seguro social, bem como o direito a representação dos trabalhadores na empresa.

No ano de 1919 o Tratado de Versalhes foi consolidado pelos alentos mundiais europeus, e conteve efetivamente a Primeira Guerra Mundial. O cerne do ponto deste Tratado, definia que a Alemanha suportasse todas os encargos que fossem causados por ela durante a guerra, e que nos termos dos artigos 231 a 247, reparassem determinado número de nações da Tríplice Entente, que foi um pacto militar feito entre a Inglaterra, França e a Rússia. Esse Tratado prevê o nascimento da Organização Internacional do Trabalho – OIT, com a matriz em Genebra e composta pela representação fixa de 10 países, e dentre eles, o Brasil.

Vale informar que a OIT, criada pelo Tratado de Versalhes, em 1919, conforme define a doutrina, é um organismo internacional e é portanto, sujeito de Direito Internacional Público, ou seja, tem direitos e obrigações na ordem internacional, tendo por ato constitutivo a Constituição da OIT, atualizada pela Declaração da Filadélfia, de 1944, cujo objetivo principal é estabelecer padrões mínimos para as relações trabalhistas e a promoção de melhores condições de trabalho em todo o mundo, com horizonte a promover a dignidade humana, o bem-

estar e a justiça social e, dessa maneira, contribuir, de certo modo, para a paz no mundo, entendimento compartilhado por Paulo Henrique Gonçalves Portela (2016, p.469).

Somente em 1946 foi realizada a conexão da OIT à ONU como um órgão especializado no direito trabalhista, no âmbito internacional. Na conferência internacional de trabalho, ocorrida em 1946, foi considerado a nova redação da Constituição da OIT, com a junção da Declaração de Filadélfia (declaração feita na Conferência Geral da OIT, na Filadélfia, com os objetivos da OIT, e os princípios que inspiraram a política de seus membros).

A *Carta Del Lavoro*, ocorrida em 1927 na Itália, designou um sistema corporativista, sendo exemplo a outros sistemas políticos, como Espanha, Brasil e Portugal. No entanto, no corporativismo a intenção era dirimir todos os aspectos em volta do Estado, agenciando o chamado interesse nacional, intervindo e regulamentando as relações interpessoais (GARCIA, 2018, p.31).

Ainda no prisma universal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê diversos direitos trabalhistas dentre eles as como férias remuneradas, limitações de jornada, etc.

1.1.2 Contexto histórico no Brasil

Os direitos trabalhistas no Brasil foram contaminados por vários fatores, dentre eles, fatores externos e internos.

Dentre elas, houve pressão no sentido de obrigar o Brasil a produzir leis trabalhistas, com ênfase às mudanças que aconteceram na Europa e a crescente produção legislativa de proteção ao trabalhador em diversos estados no mundo. Também incidiu o acordo internacional ostentado pelo nosso país ao se submeter à Organização Internacional do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes (1919), assumindo o compromisso de cumprir as normas trabalhistas (GARCIA, 2018, p. 31).

Quanto aos fatores internos, destaca-se o movimento do proletariado, que participou como imigrante com alentos anarquistas, principalmente indicados por várias manifestações no fim de 1800 e início de 1900, a peste industrial, consequência da Primeira Guerra Mundial.

A Constituição de 1824, que adotou o liberalismo, eliminou as corporações de ofício (art. 179, n. 25), havendo a liberdade do exercício das profissões (GARCIA, 2018, p. 32 e 33).

Destaca-se o comparecimento do trabalho escravo até a promulgação da Lei Áurea em 13 de maio de 1888, que exterminou a escravidão no Brasil, sendo considerada a lei trabalhista mais importante promulgada no Brasil até hoje.

A Constituição de 1891 consagrou a liberdade de associação no artigo 72, § 8º, de forma geral.

A primeira Constituição no Brasil a ter dispositivos direcionados ao Direito do Trabalho foi a de 1934, com reflexos do constitucionalismo social.

A Constituição de 1937 revelava a ingerência do Estado, com atributos do sistema corporativista. Foi estabelecido o sindicato único, vinculado ao Estado, que vedava a greve, vista como recurso antissocial e maléfico à economia. A referida Carta Magna foi inspirada na *Carta Del Lavoro* (1927) e na Constituição Polonesa, no sentido de que o Estado poderia interferir nas relações entre empregados e empregadores, haja vista que o estado liberal não logrou êxito (GARCIA, 2018, p. 31).

A vigência de várias leis espalhadas no ordenamento jurídico sobre Direito do Trabalho cominou a obrigação de sua unificação, através da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que não é um código propriamente, pois sua finalidade foi apenas de reunir as leis trabalhistas existentes.

A Constituição de 1946 reconstituiu o direito de greve, derrubando com o corporativismo da Carta de 1937, trazendo direitos trabalhistas superiores àqueles das Constituições anteriores. Nesta Constituição, nos deparamos com a participação dos trabalhadores nos lucros, repouso semanal remunerado, estabilidade, etc. Assim, de acordo com a doutrina trata-se de uma norma democrática, conforme Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 18):

[...] A Carta de 1946 foi considerada democrática. Dispôs sobre a participação dos empregados nos lucros da empresa, o repouso semanal remunerado, feriados, concedeu a estabilidade decenal a todos os trabalhadores, foi reconhecido o direito de greve, houve a inclusão da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, retirando este órgão da esfera do Executivo. Os julgadores e conciliadores da Justiça do Trabalho, até então nomeados (e não concursados), passaram a se chamar juízes e os

dois conciliadores passaram a se chamar vogais, posteriormente classistas [...].

No âmbito infraconstitucional, cabe mencionar, dentre outras: a tutela sobre o descanso semanal recompensado e remuneração de feriados, o caso dos empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais, as atividades dos empregados vendedores/viajantes e a constituição da bonificação natalina (décimo terceiro salário).

A Constituição de 1967 conservou os direitos trabalhistas das Constituições anteriores. Além dos referidos direitos, essa Constituição previu o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (GARCIA, 2018, p. 33).

Logo, mesmo no período denominado por muitos de ditadura militar, os direitos trabalhistas foram preservados e ampliados, não havendo, via de regra, flexibilização ou desregulamentação dos desses direitos, promovendo resultado de maior crescimento econômico, talvez, registrado no Brasil.

1.2 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

A fonte do direito do trabalho representa o meio pelo qual o direito do trabalho se forma, se origina e estabelece suas normas jurídicas.

Sendo empregado também a expressão no sentido de ser um fundamento de validade jurídico-positiva da norma jurídica, podendo ser classificadas como fontes formais e fontes materiais (RESENDE, 2016, p. 03).

1.2.1 Fonte formal

As fontes formais são caracterizadas pela sua generalidade, impessoalidade e imperatividade, que conferem à norma jurídica o caráter positivo, obrigando os agentes sociais.

Assim, o conceito de fonte formal pode se confundir com o conceito de norma, eis o motivo da não unanimidade da doutrina quanto aos seus tipos, alguns denominam fonte como qualquer meio causador de direito, e outros, como norma (RESENDE, 2016, p. 07).

A fonte formal não significa norma escrita, e sim, norma positiva, pois tem força coercitiva sobre seus destinatários.

São divididas em fontes autônomas e heterônomas, sendo a primeira direta, e não estatal, sendo elaborada pelos agentes sociais, sem qualquer influência estatal. Já a segunda, são as normas que advém do Estado, eivadas de imperatividade, ou aquelas em que este intervém na sua elaboração (GARCIA, 2018, p.42).

1.2.2 Fonte material

As fontes materiais do direito do trabalho encontram-se num estágio anterior às fontes formais, haja vista que contribuem para a formação do direito material. É antecedente lógico das fontes formais.

É a ebulição social, política e econômica que influencia de forma direta ou indireta na confecção, transformação ou criação de uma determinada norma jurídica, uma vez que as leis são feitas com intuito de satisfazer os anseios sociais, que pressionam o Estado a fim de que se elabore o direito, regule, ou imponha uma forma de comportamento a ser adotado (RESENDE, 2016, p. 06).

Nesse sentido, é válido afirmar que toda fonte formal já foi uma fonte material, mas nem toda fonte material chega a se tornar uma fonte formal, pois não se tornou coercitiva sobre os agentes sociais, apesar da movimentação desempenhada pelo grupo para tanto.

1.3 PRINCÍPIOS NOTÁVEIS

Todos os ramos do direito são formados por regras e por princípios. Tem-se como princípio tudo aquilo que orienta o operador do Direito na sua atividade interpretativa, além de ser classificado como meio de integração das eventuais lacunas legais, servindo também para guiar o legislador quando no exercício da sua função de legislar, o que leva o princípio a ser um elemento imprescindível em todo ordenamento jurídico.

Em alguns casos, o princípio assume as funções de regra ao impor normas de condutas a serem observadas pelos operadores. Nesses casos, o princípio seria

mais abstrato e genérico do que a regra jurídica, sendo considerado como fonte primária do direito (GARCIA, 2018, p. 53).

Entretanto, alguns princípios são aplicados a qualquer ramo do direito, e por isso são denominados de princípios gerais do direito, como a proibição de causar prejuízo a alguém, proibição do enriquecimento sem causa, presunção de boa-fé, proibição de alegar a própria torpeza em benefício próprio, força obrigatória dos contratos, entre outros.

Tanto que até a Consolidação das Leis do Trabalho aduz expressamente sobre a utilização dos princípios, quando a legislação trabalhista for omissa, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Para conhecer os princípios que norteiam determinada área do Direito, é preciso, primeiramente, analisar seu contexto histórico. A força motriz do direito do trabalho foi a questão social surgida através da Revolução Industrial, já analisada no tópico anterior.

O que diferencia o direito do trabalho dos demais ramos do direito é justamente o tratamento desigual que dispensou ao empregado, para compensar a desigualdade sofrida por ele no plano fático.

Em regra, todos são iguais perante a lei e devem ser tratados de forma igualitária por ela, mas isso não acontece no direito trabalhista. É latente que não há uma igualdade entre empregados e empregadores, face a superioridade econômica e jurídica dos empregadores em detrimento dos empregados.

Com intuito de haver o equilíbrio entre as partes, o direito do trabalho busca de todas as formas proteger o empregado, parte hipossuficiente, contra o desejo avaro de lucro do empresário.

Tão verdade que este é o princípio basilar do direito do trabalho, o princípio da proteção ao hipossuficiente na relação fática capital *versus* trabalho, do qual oriunda os demais princípios que norteiam o direito trabalhista, consubstanciado também na CLT, no art. 444:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes

No mais, segundo a doutrina, os princípios basilares do direito do trabalho são: princípio da proteção (*in dubio pro operário* e aplicação da norma mais favorável), princípio da irrenunciabilidade dos direitos, princípio da continuidade da relação de emprego, princípio da primazia da realidade, os quais trataremos um a um, a seguir.

1.3.1 Princípio da proteção

O princípio da proteção é considerado o princípio dos princípios do direito do trabalho, pois houve uma necessidade de proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego, e pode ser subdividido em dois princípios: princípio *in dubio pro operário* e princípio da norma estatal mais favorável (JÚNIOR, 2018, p. 105).

O princípio *in dubio pro operário* aduz que o operador do direito, quando estiver frente a uma norma que permita mais de uma interpretação aceitável e distinta, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, haja vista que este é a parte hipossuficiente da relação. Vale ressaltar que essa regra é válida apenas para o Direito Material Trabalhista, e não o Direito Processual Trabalhista (GARCIA, 2018, p. 69).

Sobre essa controvérsia, há três correntes, segundo a professora Vólia Bonfim Cesar (2018, p. 184 a 186):

A primeira corrente, entre os que defendem a aplicação do princípio em comento ao direito processual do trabalho, argumenta que ele está limitado a inspirar o legislador, processual. Por se tratar de um princípio de direito material, não se aplica ao processo do trabalho, salvo quando tiver caráter informativo para o legislador. Desta forma, o princípio *in dubio pro misero* orienta o legislador na elaboração da lei processual para dar tratamento diferenciado ao hipossuficiente na relação processual, protegendo-o, uma vez que a lei processual já é tendenciosa para beneficiar o empregado. São defensores dessa corrente Amauri Mascaro, Wagner Giglio e Rodrigues Pinto.

A segunda vertente, dos adeptos à aplicação do princípio ao processo do trabalho, advoga que além de inspirar o legislador ele também se aplica quando houver fundada dúvida na interpretação da lei processual, e, neste caso, a opção do exegeta deve ser no sentido de beneficiar o trabalhador,

entre os autores favoráveis a esta visão temos Sérgio Pinto Martins, Campos Batalha e Júlio César Bebbber.

Para os defensores da terceira corrente, dentre os quais destacamos Cesarino Júnior, Coqueijo Costa e Américo Plá Rodriguez, este princípio é amplamente aplicado ao processo do trabalho, inclusive na fase judicial (processual), para valoração das provas dos fatos, no momento do julgamento. Logo, além de inspirar o legislador processual trabalhista, de auxiliar o exegeta em caso de dúvida na interpretação da lei processual, para os defensores dessa tese, o *princípio in dubio pro operario* também influencia o juiz a favorecer o trabalhador, quando da valoração das provas produzidas processualmente.

A jurisprudência exemplifica a aplicação do referido princípio, através das orientações jurisprudenciais, vejamos algumas delas:

OJ-SDI1-14 AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO PARA PAGAMENTO. (título alterado e inserido dispositivo) - DJ 20.04.2005 -

Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida. Histórico - Redação original - Inserida em 25.11.1996 14. Aviso prévio cumprido em casa. Verbas rescisórias. Prazo para pagamento. Até o 10º dia da notificação da demissão. (CLT, 477, § 6º, "b").

Súmula nº 60 do TST

ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 6 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos. (ex-Súmula nº 60 - RA 105/1974, DJ 24.10.1974)

II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ nº 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

Súmula nº 360 do TST

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. INTERVALOS INTRAJORNADA E SEMANAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da CF/1988.

Ademais, temos como corolário do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável aduz que deve ser utilizada no caso concreto, a norma heterônoma que atribua direitos mais vantajosos para o empregado (GARCIA, 2018, p.70).

Nesse sentido, se uma determinada norma hierarquicamente inferior tiver dispositivo que confira direitos em maior intensidade para o empregado, esta será a preferência face a norma superior, que não atribui melhor vantagem ao trabalhador, por exemplo: se a Constituição Federal prevê que a hora extraordinária será

acrescida de um percentual de 50 % (cinquenta por cento) sobre a hora normal trabalhada, e a lei ordinária prevê o percentual de 100% (cem por cento), a preferência de aplicação será esta última.

Essa regra representa uma norma de aplicação universal, sendo preconizada inclusive na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, em seu art. 19, item 8 que diz:

8. Em caso algum, a adopção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por um Membro devem ser consideradas como podendo afectar qualquer lei, qualquer sentença, qualquer costume ou qualquer acordo que assegurem condições mais favoráveis para os trabalhadores interessados que as previstas pela convenção ou recomendação.

A não aplicação por inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma é verificada somente quando o dispositivo hierarquicamente inferior excluir ou diminuir direitos previstos na norma superior, ou quando esta for de natureza restritiva ou de ordem pública.

1.3.2 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos

Segundo preconiza este princípio, ao empregado é vedada a possibilidade renunciar os direitos subjetivos trabalhistas dos quais é titular, e podem ser exercidos contra o empregador, por exemplo: se o empregado, quando da sua contratação, aceitar receber quantia menor que um salário mínimo, não produzirá nenhum efeito devido ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, ainda que a intenção do trabalhador realmente tenha sido aquela (JUNIOR, 2018, p. 108).

Esse impedimento tem como baseamento a natureza das normas trabalhistas, que são de ordem pública, cogentes, imperativas, e logo, irrenunciáveis pelo empregado, nesse sentido, temos os artigos 9º, 468 e 444 da CLT, que contemplam esse entendimento, vejamos:

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

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

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

1.3.3 Princípio da continuidade da relação de emprego

No direito do trabalho, é possível observar que em regra, o contrato de trabalho é celebrado por tempo indeterminado. Devido a essa regra, é presumido que a intenção dos contratantes é de rescindir com o tempo, o contrato firmado entre as partes, no caso, empregado e trabalhador (RESENDE, 2016, p. 33).

É daí que decorre o princípio da continuidade da relação de emprego, que norteia a interpretação dos dispositivos trabalhistas e das provas produzidas judicialmente, mais precisamente no que diz respeito ao contrato de trabalho, se a termo ou determinado, em relação ao motivo da sua extinção, se for com ou sem justa causa (JÚNIOR, 2018, p.110).

A súmula 212 do TST reconhece a aplicação deste princípio:

SÚMULA Nº 212 - DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA

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. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Nesse sentido, conjetura-se que o contrato foi celebrado entre as partes por prazo indeterminado sempre que as partes não dispuserem expressamente em sentido diverso e som supedâneo na forma da lei.

1.3.4 Princípio da primazia da realidade

No ramo do direito do trabalho, prevalecem os fatos reais sobre as formas, ou seja, o que interessa é o que realmente houve, e não o que está escrito (RESENDE, 2016, p. 32).

Nesse sentido, o contrato de trabalho é classificado como um contrato-realidade. Uma, porque ele é consensual, haja vista que sua eficácia não exige qualquer formalidade, bastando apenas o consentimento das partes. Duas, porque a solenidade só é exigida quando o contrato de trabalho for especial e assim dispuser a lei que o regula. Dessas circunstâncias é que origina o princípio da primazia da realidade, no sentido de prevalecer a realidade dos fatos em detrimento do que ficou registrado nos instrumentos formais da sua constituição (JUNIOR, 2018, p. 110).

Contudo, é constante estarem presentes determinadas obrigações no instrumento contratual, ou no registro de fatos ou em qualquer outro documento, que não corresponde à realidade, por exemplo: o empregado registra sua jornada na folha de ponto, por ordem do empregador e com temor de ser despedido no caso de descumprimento, mas no cotidiano, enfrenta uma carga horária distinta e superior daquela nos controles de jornada. Nesse caso, prevalecerá a realidade fática, conforme entendimento jurisprudencial:

REGISTRO FORMAL DO CARGO DE CHEFIA. Não é suficiente para o deslinde da controvérsia a mera anotação nos registros do banco reclamado do cargo de confiança. No Direito do Trabalho, mais do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, prepondera o princípio da primazia da realidade, pouco importando o nome jurídico ou a qualificação formal atribuída a determinado documento quando, na verdade, os fatos reais desafiarem ou estiverem a colocar em xeque as artificiosas formalidades.

(TRT-10 - RO: 272200700410005 DF 00272-2007-004-10-00-5 , Relator: Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, Data de Julgamento: 22/08/2007, 3ª Turma, Data de Publicação: 31/08/2007)

Este princípio tem como objetivo solucionar possíveis conflitos entre uma condição fática de trabalho e sua respectiva documentação.

1.3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Para extrair o sentido e obter o verdadeiro alcance correto de determinada norma jurídica, o operador utiliza vários métodos básicos de interpretação, sendo: gramatical, sistemático, histórico, teleológico e evolutivo (GARCIA, 2018, p. 54).

Todavia, salienta-se que a melhor interpretação é obtida através da conjugação dos métodos acima mencionados, o que afasta a possibilidade de definir

somente um método perfeito para destrinchar e alcançar o sentido da norma jurídica (JÚNIOR, 2018, p. 89).

1.3.1 Método gramatical

O método de interpretação designado de gramatical, extrai da norma seu exato sentido, pela única análise aos seus elementos gramaticais. Normalmente, é o primeiro método utilizado pelo operador para alcançar o sentido da norma (RESENDE, 2016, p. 44).

Destarte, é praticamente unânime o reconhecimento de ser o método mais frágil de interpretação se for utilizado de forma independente. Assim, o método gramatical de interpretação só aponta o comando aparente da regra jurídica. Não obstante, o referido método enfrenta diversos obstáculos tais como a ambiguidade dos vocábulos, aliada ao fato de que uma palavra pode ter mais de um sentido.

A despeito desta constatação, alguns dispositivos legais permitem a interpretação unicamente literal, conforme pode-se observar o que aduz o art. 111 do Código Tributário Nacional:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

1.3.2 Método sistemático

Como dito alhures, todos os ramos do direito são compostos por regras e princípios que de certa forma, são sistematizados, o que significa dizer que determinada regra jurídica aplicável a um caso concreto encontra fincada dentro de um sistema jurídico. Feita esta observação, é dever do intérprete verificar a posição da norma de conduta dentro do sistema ou subsistema ao qual pertence, para identificar as diretrizes e princípios que norteiam a especialidade desse direito, o que corresponde ao método sistemático de interpretação (GARCIA, 2018, p. 54).

Nesse sentido, citamos como exemplo que um mesmo dispositivo contratual constante no Código Civil pode ser interpretado de forma diversa, quando constar outro dispositivo semelhante a este na Consolidação das Leis do Trabalho.

O método sistemático tem por escopo evitar a interpretação isolada de determinada regra jurídica.

1.3.3 Método histórico

O dispositivo legal nasce através de uma necessidade social, econômica, política, religiosa, etc., que compõem a fonte formal do direito.

Além disso, a norma, para vigorar passa por todo um processo legislativo de extremada complexidade.

Por meio da utilização do método histórico, o operador procura descobrir as causas que ensejaram a criação da lei, bem como investiga todo processo legislativo que a acarretou, ao ler a redação inicial do projeto da lei, as emendas apresentadas, os discursos dos parlamentares que são contra e a favor, e se for o caso, a mensagem de veto do Chefe do Poder Executivo (JUNIOR, 2018, p. 91).

1.3.4 Método teleológico

É através desse método que o operador do direito procura descobrir a verdadeira intenção da lei, e não somente o seu comando aparente, no sentido de identificar o que a lei realmente deseja (RESENDE, 2016, p. 45).

Existem alguns dispositivos legais que preveem expressamente o uso do método teleológico na interpretação, por exemplo, no art. 112 do Código Civil:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Em certa época, o objetivo desse método era encontrar a intenção do legislador, e não a intenção da lei. A dificuldade prática de alcançar essa finalidade é latente quando a fonte na qual emana a lei é coletiva, no caso, quando a norma advém do Poder Legislativo, constituído por diversos representantes do povo.

1.3.5 Método evolutivo

Uma das características das leis, é a sua perpetuidade, pois, a norma jurídica quando editada, passa a vigorar até que outra norma a revogue. Devido a este atributo, a eficácia da norma se prolonga no tempo que por sua própria natureza, realiza transforções nas relações sociais, elemento das regras jurídicas.

Embora as alterações das relações sociais ocorram constantemente, é prescindível a constante mudança na legislação, haja vista que são dotadas de generalidade, que admite sua adaptação à nova situação, mesmo porque o processo legislativo é arrastado e não conseguiria acompanhar a velocidade das alterações ocorridas nas referidas relações sociais.

Assim, conclui-se que o operador deverá interpretar a norma conforme a realidade atual, e não embasado nos fatos sociais, econômicos, políticos, etc., que ensejaram a sua formação.

Além desses métodos tradicionais, vale ressaltar que a doutrina mais contemporânea, sobretudo a constitucionalista vai acrescentar que atualmente a interpretação exige novos métodos como o tópicoproblemático, no qual o intérprete esquece a norma, vai ao problema e então retorna à norma para fundamentar sua decisão, bem como apresenta também os métodos: científico-espiritual (leva em conta valores extraconstitucionais), hermenêutico-concretizador (parte-se do entendimento do conteúdo da norma a ser concretizada, buscando a solução do caso concreto), normativo estruturante (o texto é apenas uma ponta da interpretação que deve levar em consideração o ambiente normativo, formado por diversos valores de ordem social, econômica, política e etc), concretista da constituição aberta (defende-se a ampliação do círculo de intérprete da constituição) (NOVELINO, 2016, p. 139 a 144).

Portanto, a melhor interpretação deve lançar mãos do conjunto de métodos colocados a disposição pela comunidade jurídica e o ordenamento normativo.

2 REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

2.1 GLOBALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Antes mesmo de adentrar especificamente no tema da flexibilização, vale retornar ao início da construção de um Estado garantista dos Direitos do Trabalhadores, passando pelo tema da publicização do Direito e do *Welfare state*, ou seja, a maior intervenção do Estado em prol dos direitos sociais, dentre os quais o do trabalho.

Assim, a doutrina vislumbra esse movimento de publicização do Direito, fenômeno que marcou a segunda dimensão ou geração de direitos fundamentais, ou seja, direitos sociais, nos quais ao Estado é demandado em não somente ficar longe do cidadão, isto é, direitos negativos de abstenção, mas sobretudo, devendo obrigação por deveres prestacionais como a saúde, educação, moradia, trabalho e etc.

Nesse contexto se destacam as Constituições do México em 1917 e de Weimar na Alemanha em 1919 e no Brasil em 1934, devendo ser compreendido o fenômeno de publicização ser entendido no contexto de mudanças que ocorreram no final do século XIX e início do século XX:

[...] Em um regime onde mundialmente se defendia a total separação entre o Estado e a sociedade civil, grande foi o avanço obtido através dos movimentos operários, em meados do século XIX, em que se presenciou o nascimento o direito do trabalho conferindo um trabalho público às relações de esfera privada. O *welfare* foi a expressão de um movimento que teve origem na sociedade civil europeia, com legítima pretensão universalista, em razão da centralidade do trabalho na organização da sociedade industrial. A necessidade de o Estado intervir na relação contratual para proteger a parte hipossuficiente, até então regida pelas leis do mercado, foi movida pela pressão da sociedade operária, pelas relações internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem e Tratado em *Versailles*, OIT) e pela ação da igreja (Encíclica *Rerum Novarum*) [...] (CASSAR, 2017).

Houve então todo um cenário próprio para que o Estado pudesse participar mais das reações entre patrões e empregados, regulando melhor os contratos, trazendo à tona um aparato jurídico capaz de melhor proteger essa categoria de trabalhadores tão sofrida pelos reflexos da industrialização e da economia liberal.

A publicização, na visão da doutrina implica também na maior aproximação com o sentimento de justiça, já que melhor equilibra a relação entre o poderoso patrão e o hipossuficiente empregado:

[...] Além desta publicização do direito privado, em que o Estado toma para si a gestão das principais regras até então delegadas ao arbítrio dos particulares, Direito do Trabalho implantou no Direito um sentimento de justiça, já que buscou compensar a parte economicamente mais fraca da relação jurídica, travada entre empregado e empregador, de caráter eminente privado, mediante regulação legal, acarretando uma revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal, conferindo a ela um viés igualitário por meio da publicização da esfera privada [...] (CASSAR, 2017).

A partir daí a doutrina então exemplifica como foi essa tomada de atitude de publicização do direito, concretizado no *welfare state*:

[...] Nos países de organização de política liberal, a concretização dos direitos do *welfare* teve sua base na democracia representativa, já que resultou da manifestação de maiorias parlamentares, a partir de uma prévia e favorável sedimentação da opinião no terreno da sociedade civil. Este processo de crescimento acarretou também o investimento em outras estruturas básicas do processo produtivo industrial [...] (CASSAR, 2017).

Então, verifica-se que a tomada de atitude do Estado passou não somente por uma decisão política do Poder Executivo, mas por pressão da sociedade que democraticamente influenciou o parlamento a mudar as leis e o Estado corrigir sua política econômica. Resta então verificar o que representa o *welfare state*:

[...] O *Welfare State* representa o direito que tem toda pessoa de ser protegida contra abusos do poder econômico, garantindo-lhe, por exemplo, renda mínima, alimentação, saúde, habitação, independentemente da condição social do ser humano, tudo como forma de direito político e não como caridade [...] (CASSAR, 2017).

O *Welfare State* é a tradução de política econômica que tem opção garantir políticas públicas irrigadas de prestações sociais aos indivíduos não só na área trabalhista, mas também em matéria de saúde, moradia, educação, lazer. É o que hoje a doutrina mais atual denomina de mínimo existencial, ou seja, um conjunto mínimo de direitos e garantias, sem o qual a vida digna se torna impossível conforme assegura Ana Paula de Barcellos (apud NOVELINO, 2016):

[...] aponta a saúde, a educação, a assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à justiça como direitos integrantes do mínimo existencial e que, por conseguinte, devem ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas [...] (CASSAR, 2017).

Nesse sentido, vale trazer a tona as consequências do *welfare state*:

[...] A consequência desse tipo de medida (*Welfare State*) é que as relações sociais passam a ser regidas por instituições políticas democráticas – Estado, ao invés de permanecerem dependentes da esfera privada [...] (CASSAR, 2017).

Dessa maneira, nessa nova fase dos direitos fundamentais, o Estado passa a regular melhor as relações sociais, aproximando o hipossuficiente daqueles que detém maior capacidade financeira, bem como garantindo normas mais condizentes com as melhorias das condições sociais de acesso à saúde, à educação, à moradia e etc.

2.2 A GLOBALIZAÇÃO E A CHAMADA CRISE DO DIREITO DO TRABALHO

A globalização é um fenômeno mundial ligado aos avanços da tecnologia no mundo do pós-segunda guerra mundial. Assim, a globalização apresenta muitas vantagens e também desvantagens, estando no cerne da crise do Direito do Trabalho, conforme visão de setores da doutrina.

Então, para Vólia Bomfim Cassar (2017), a globalização estaria ligada a diversas estruturas do Estado, influenciando-o e trazendo a tona uma série de mudanças, as quais têm por consequência, inclusive o mercado de trabalho:

[...] A globalização é parte de um todo formado pelo neoliberalismo, privatizações, multinacionais, dentre outros elementos que concernem à estrutura e atribuições do Estado e de sua organização política, suas relações internacionais e à ordem socioeconômica nacional e mundial. É um processo, uma “onda” que traduz uma nova cultura no quadro das transformações do capitalismo liberal. É um produto inevitável da tecnologia nas áreas da informática e das comunicações. O mercado de trabalho passou por uma profunda modificação em face da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição, do estreitamento das margens de lucro, da necessidade de maior produção, da divisão internacional do trabalho e da subordinação dos países mais pobres aos mais ricos [...].

Ocorre que essas mudanças no mercado de trabalho vão na contramão dos avanços do início do século XX com a introdução dos direitos sociais, segunda dimensão dos direitos fundamentais. Logo, se no início do século XX há um avanço positivo de proteção, no final do referido século, a globalização fomentando a competição, a abertura de novos mercados e necessidade de produção e lucro, caminha no sentido da flexibilização do direito do trabalho.

Como exemplo disso Lenin em Kautsky (apud CASSAR, 2017), vislumbra até a possibilidade de um supercapitalismo, gerido e dominado pelas grandes potências que disputam o poder e a riqueza mundial. A competição entre as potências sempre marcou a história, trazendo lições importantes como o casamento entre o capital e o poder político, gerando o sistema capitalista, além do resultado desse modelo com a competição entre os Estado, buscando a concentração de riqueza, culminando na busca de alianças entre personagens do mercado, como banqueiros, governos e mercadores.

Aponta a doutrina que o resultado da globalização e seus desdobramentos na esfera política e social estão relacionados às desigualdades, tanto social, quanto política, racial, religiosa , produzindo países e pessoas ricas, mas países e pessoas pobres (CASSAR, 2017).

Vale então citar o conceito de globalização na lição de Celso R. Duvivier de Albuquerque Mello (apud CASSAR, 2017):

[...]Em um outro sentido, a palavra globalização pode ser entendida como uma decorrência dos interesses planetários de poucos Estados, ou ainda, como uma decorrência do programa de meios de comunicação de massa. Pode-se dizer que é praticamente uma interpretação ecológica das relações internacionais. Se no mundo físico a globalização pode ser um fato, já no mundo dos homens, isto é, político, é um ato que poderíamos dizer livre-arbítrio. Só se globaliza o que se quer. E mais: a globalização é sempre realizada no interesse de umas poucas grandes potencias que, em seu nome, passam a agir em todo o planeta, a fim de salvaguardar os seus interesses. É óbvio que esta afirmação não pretende ser absoluta, uma vez que existem sempre as eternas exceções, como as crises econômicas em grandes potências [...].

Então a globalização é a prevalência das superpotências sobre as nações periféricas, do mais forte sobre o mais fraco, do patrão sobre o empregado, funcionando como modelo estratégico de redução dos direitos trabalhistas.

Como consequência da globalização urge para a doutrina a necessidade de uma reflexão, mas é certo que tais mudanças proporcionadas pelo fenômeno produz

uma relativização das garantias construídas pelo *welfare state* e dos direitos sociais, por conseguintes piores consequências para as pessoas dos Estados onde não houve pleno desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, como o Brasil, onde nunca houve um Estado Social (CASSAR, 2017).

Assim, se as consequências são ruins para cidadão dos Estados onde houve efetivação do *welfare state*, muito pior está sendo para as pessoas, sobretudo os trabalhadores dos países onde não houve genuína disseminação do Estado de Bem Estar Social, conforme Lembra Vólia Bomfim Cassar (2017):

[...] Com base nesses argumentos os patrões tiram “proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande quantidade de mão de obra excedente (desempregados e subempregados) para impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis”.
Por causa disso, Boaventura Santos afirmou que “precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos, num contexto hostil e globalização neoliberal [...]”.

Ainda como resultado da globalização, no plano jurídico a doutrina aponta a desregulamentação, ou seja, flexibilização e relativização das leis em detrimento do trabalho, ou seja, redução de direitos trabalhistas (CASSAR, 2017).

Assim, a doutrina, ao mesmo tempo em que apresentação uma diminuição legal nas garantias aos cidadãos, sobretudo trabalhadores, verificando também mudanças no perfil das funções estatais, a exemplo do poder legislativo, responsável pelas leis que reduzem os direitos dos trabalhadores, também sugere como solução para combater tais demandas, a existência de um Estado forte, senão imune as pressões externas, pelo menos, um pouco mais resistente:

[...] Percebe-se que a mudança no tradicional perfil das funções do Estado em diversos setores, inclusive na jurisdição, quando, por exemplo, o Legislativo pratica a jurisdição nas Comissões Parlamentares de Inquérito. Outra mudança está no Judiciário que, com a tarefa de solucionar os conflitos sociais de massa, acabou por desempenhar um importante papel na democracia e conseqüentemente na política, ensejando o fenômeno de judicialização da política e das relações sociais.
Apesar das crises, é necessário firmar um projeto nacional, para que os Estados não fiquem à mercê das exigências externas, fazendo triunfar os interesses as nações, mesmo num mundo globalizado. A nossa Carta estabelece um Estado forte, intervencionista e regulador. A desregulamentação desmedida e a minimização dos direitos enfraquecem o Estado, único agente capaz de, através de políticas públicas, erradicar as desigualdades sociais que se avolumam em nosso país [...] (CASSAR, 2017).

Vólia Bomfim Cassar (2017), utilizando-se de lições de Miguel Reale, Werneck, dentre outros diz existir uma contradição entre o que a Constituição assegura e o que é praticado, a visão individualista, diante da necessidade de se avançar em novos métodos de interpretação, levando-se em conta os direitos sociais, tarefas inclusive destinadas aos operadores do direito, os quais deve estar sensíveis aos princípios constitucionais e aos avanços sociais:

[...] A partir daí um grande paradoxo se instala: de um lado uma população carente e de outro uma Constituição que lhe garante direitos básicos. A solução estaria, então, na efetivação destes direitos, concretizando-se o Estado Social preconizado pela Constituição... Constata-se que a sociedade brasileira não dispunha de um mentalidade cívica e de cultura política democrática para a aplicação da constitucionalização em aberto...A concretização da vontade geral declarada da Constituição seria uma obra de arte confiada às futuras gerações, a quem caberia garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. [...] Torna-se imprescindível superar esta crise de duas faces do Direito, vencendo o obstáculo imposto pelo velho modelo do direito individualista, pronto, com soluções rápidas; assim como deve ser afastado o obstáculo hermenêutico, que limita os operadores do direito a fazer uma interpretação mais ampla dos novos direitos, negando-lhe eficácia, efetividade ou amplitude....Por último, é importante acrescentara a função do Judiciário na criação de direitos, interpretando as normas segundo as regras e princípios constitucionais. Para superar a deficiência atual surgida pelo “uso tradicional” do Direito é necessária uma conscientização da realidade social, dos direitos e princípios constitucionais, assim como dos avanços sociais [...].

Observa a doutrina que o Direito funciona como ferramenta de impulsionar o Estado, mas exige-se que a população tenha consciência do seu direito e o busque, sobretudo, no que conserve a efetivação dos direitos sociais.

Daí, Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 26), observa que a garantia de direitos mínimos ao trabalhador faz parte do mínimo existencial, conforme conceito de Luiz Edson Fachin:

[...] a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores [...].

Ocorre que na atualidade, esse avanço do Direito do Trabalho, notadamente com a positivação nas Constituições dos direitos sociais, vem sendo questionando, havendo inclusive que defenda a desregulamentação, isto é abstenção estatal na

seara trabalhista, relegando as normas de contratação trabalhista ao livre arbítrio das regras do mercado, argumentando que o *welfare state* não mais existe (CASSAR, 2017, p. 27).

Pior então é a situação dos países que sequer efetivaram o Estado do Bem Estar Social, a exemplo do Brasil, conforme observa a doutrina:

[... Outros, apesar de reconhecerem alguma mudança no Direito do Trabalho, percebem também que o Brasil ainda não pode ser visto como país que efetivou o *welfare* (o bem-estar social), pois ainda temos trabalho escravo ou, em condição análoga; exploração do trabalho do menor; condições sub-humanas de trabalho e legislação trabalhista ainda muito desrespeitada. Por isso, não se pode defender o total afastamento do Estado desta relação privada, não se pode pretender a privatização dos direitos trabalhistas, o retrocesso de um grave avanço conquistado com profundo sacrifício [...].

Nesse mesmo sentido a doutrina afirma que o Direito do Trabalho foi profundamente atingido com o processo de globalização, gerando crise econômica, flexibilização e desemprego, senão vejamos:

[...] No que tange aos efeitos da globalização econômica sobre o mundo do trabalho, cabe considerar os impactos sobre a empresa e sobre o emprego. Quanto ao último aspecto, cumpre salientar o relevo que adquire o direito ao trabalho em confronto com o Direito do Trabalho (grifo nosso). No Brasil, a globalização da economia produz efeitos correspondentes aos registrados no primeiro mundo, observadas as características de um país ainda em vias de desenvolvimento. Aqui, os problemas são agravados pela necessidade de integração econômica de consideráveis segmentos sociais marginalizados. O maior impacto localiza-se nos efeitos nocivos do desemprego. Na Europa, preocupa o desemprego aberto. No Brasil, além deste, há o subemprego e o crescimento do emprego informal, subprodutos da economia subterrânea, clandestina, marginal ou oculta [...] (ROMITA apud CASSAR, 2017, p. 27 e 28).

Para se ter ideia a doutrina aponta que o maior problema a ser enfrentado nos países industrializados seria o desemprego, fato que, certamente, seria mais grave nos países pobres ou em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Como exemplo dessa crise, citam os EUA e o Brasil:

A falência do sistema imobiliário dos EUA ocasionou uma crise mundial em efeito cascata, agravando aquela já vivenciada por alguns países. Explica-se. Nos Estados Unidos o processo de compra de imóvel é bem mais complexo que no Brasil. De maneira indireta, o sistema de securitização criado em 1933 permite que os imóveis sejam adquiridos com dinheiro do mercado de capitais, entrelaçando as economias do mercado com a imobiliária. Notícias informavam que: Funciona assim: as instituições financiadoras – que nem sempre são bancos – captam recursos à base de

depósitos, que emprestam a mutuários e construtoras. Em seguida, emitem títulos, lastreados nos créditos que têm a receber, que vendem a fundos de investimentos no mercado de capitais. Cotas desses fundos, por sua vez, são vendidas a pessoas físicas e jurídicas. Quando tem algum problema nesse sistema, é uma queda de dominós. No Brasil, a aquisição de um imóvel ocorre pela alienação fiduciária, pois o mutuário toma um empréstimo junto a um banco e dá o imóvel como garantia. Isto quer dizer que, se não for paga a dívida, o banco retoma o bem e o vende a outro, recuperando o dinheiro. Por estar vinculada a diferentes instrumentos financeiros, a crise imobiliária enfrentada pelos Estados Unidos se espalhou pela economia mundial, potencializando as crises principalmente em países menos desenvolvidos, pois dependem da economia saudável dos EUA. [...] (CASSAR, 2017, p. 28).

Veja-se, portanto, que a crise imobiliária sofrida nos Estados Unidos a centenas de quilômetros do Brasil, produz um efeito dominó ou cascata, atingindo os brasileiros, além de vários pontos do globo terrestre, dada a globalização da economia, cuja crise se potencializa ainda mais nos países menos desenvolvidos, caso do Brasil.

Outro exemplo que vale conferir é o número de desempregos, conforme dados levantados pela doutrina, em agosto de 2008, 600 mil pedidos de seguro desemprego semanais nos Estados Unidos, mas esse número caiu para 466 mil em novembro de 2009, o que, de certo modo demonstrou reação do mercado americano, porém, no Brasil em dezembro de 2008, registrou 654.946 demissões, chegando a 1,22 milhão em janeiro, trazendo sérios transtornos na arrecadação, fluxo negativo no FGTS, dada a crise global iniciada no EUA (CASSAR, 2017, p. 28 e 29), o que demonstra o efeito em cadeia.

Para solucionar ou amenizar esses problemas, surge então à ideia da flexibilização consciente da legislação trabalhista (CASSAR, 2017, p. 29).

Mas existem outros fatores apontados pela doutrina que concorrem para o desemprego no Brasil e em outros países pobres ou em desenvolvimento:

Superexploração: salário ínfimos, longas jornadas de trabalho “legitimadas” pelo instituto das horas extras, aceleração do ritmo do trabalho pela emulação do grupo de trabalho e pela manipulação da velocidade das máquinas e equipamentos produtivos, ausência ou escassez de proteção ao trabalhador em ambientes de trabalho, insegurança social [...] (CASSAR, 2017, p. 29).

Daí fica a reflexão, pois no Brasil sequer houve tempo para se afirmarem e se efetivarem os direitos dos trabalhadores, urge a necessidade de desregulamentação e flexibilização, prejudicando quem nunca foi beneficiado ou mesmo teve ao seu favor a irradiação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Mesmo assim, é impossível fugir da flexibilização ou desregulamentação, conforme já vem ocorrendo a muito tempo em diversos países do mundo, conforme aponta a doutrina:

[...] Nova tendência tem sido buscar solução em outros modelos sociais adotados em alguns países, como Dinamarca, França ou Espanha. A *flexissegurança* ou *fexsécurité* é uma combinação da flexibilidade com a segurança, segundo Pinho Pedreira. Ao nosso ver, a flexissegurança, na verdade, repousa sobre uma relação triangular: mercado flexível pela desregulamentação das regras trabalhistas; sistemas de indenização generosos proporcionados por um Estado Social; política estatal de “ativação” do mercado de trabalho, isto é, o Estado oferece cursos de qualificação e métodos de motivação à procura de novo emprego [...] (CASSAR, 2017, p. 30).

Também é visto na Europa há décadas atrás, sobretudo a partir dos anos de 1990, momento em que o havia sim um modelo social avançado, buscando conciliar interesses do próprio Estado, em conjunto com os dos trabalhadores e empresários, sendo que estes últimos buscavam redução de custos de produção, sobretudo quanto a mão-de-obra.

Dessa maneira, alguns exemplos de flexibilização foram sentidos, como na Espanha em 1997, quando se ampliou as situações das dispensas por razões econômicas, diminuindo custos de despedidas, sendo que meses depois foi garantido aos trabalhadores temporários um salário praticamente igual aos outrora oferecidos aos trabalhadores fixos (CASSAR, 2017, .30).

Portanto, o Brasil não ficaria de fora, mas conforme lembra a doutrina há um limitador da flexibilização e desregulamentação, que é justamente o caput do artigo 7º da Constituição Federal que, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva, inclusive adotada no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Esse é o pensamento da doutrina mais racional com a realidade social e jurídica do Brasil, pois deve haver um limitador da flexibilização, a ponto de coibir abusos, evitando desvio da finalidade das mudanças, de modo a realizar e manter a eficácia da norma constitucional assentada no princípio constitucional da proteção do trabalhador, conforme assegurado no artigo 7 da Carta Política (CASSAR, 2017, p. 32).

Nesse ponto a doutrina faz distinção entre a flexibilização, a qual mantém uma intervenção do Estado, mediante certas exceções às regras trabalhistas com objetivo de manter a empresa e os empregos, mas protegendo um núcleo mínimo de direitos dos trabalhadores, já a desregulamentação se consubstancia na retirada da

intervenção estatal, deixando as relações livres, o que se afigura inconstitucional, inclusive na opinião de Maurício Godinho Delgado (RESENDE, 2016, p. 03).

Logo, há uma barreira intransponível à flexibilização e desregulamentação no Brasil: as cláusulas pétreas, direitos fundamentais intangíveis, também chamadas de cláusulas de eternidade ou cravadas na pedra, de modo a impedir momentos de irracionalidade do legislador, sobretudo na mitigação de direitos sociais intrínsecos a sobrevivência da República e da Nação brasileira.

2.3 POSSÍVEIS INCONSTITUCIONALIDADES DA REFORMA TRABALHISTA

Ao passo que muitos, genericamente afirmam a inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista, há que aponta pontos específicos de dicotomia com os direitos trabalhistas constitucionalmente considerados.

Assim, Diego Carneiro Costa (2017, p. 02), citando autores como Konrad Hesse e o princípio da força normativa da Constituição, bem como Ingo Sarlet e o princípio da Supremacia da Constituição, traz inicialmente que a Reforma Trabalhista promovida através da Lei 13.467/2017, provoca um desvio de poder, um atalhamento da Constituição:

[...] A Lei 13.467/2017 e seu intuito desregulamentador teve o nítido propósito de diminuir o custo do trabalho através da redução do patamar de proteção social existente nas normas constitucionais, e, por conseguinte, esvaziar o conteúdo tuitivo do Direito do Trabalho.

Há um total desvio de poder (*detournement de pouvoir*) do legislador constituinte. Sobre este tema, cumpre esclarecer tal conceito, por Hely Lopes Meirelles: “incorre em vício que os publicistas franceses de longa data qualificam de *détournement de pouvoir*, isto é, de desvio de poder ou de finalidade, expediente mediante o qual se busca atingir um fim ilícito utilizando-se de um meio aparentemente legal.”

Trata-se de um desvio do poder constituinte reformador, que os autores alemães denominam *Verfassunsbeseitigung*, expressão que, traduzida literalmente, significa “atalhamento da Constituição”. Cita-se, por exemplo, o artigo 442- B, *in verbis*: Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3o desta Consolidação [...]

O referido artigo é flagrantemente inconstitucional, pois tem por objetivo facilitar o banimento do regime de emprego positivado no artigo 7º, *caput* e incisos da Constituição pela simples formalidade legal da contratação de trabalhador autônomo.

Por outro lado, Diego Carneiro Costa (2017, p. 03), observa violação da Reforma Trabalhista à dimensão objetiva dos direitos fundamentais trabalhistas, ou seja, deveres ativos de proteção e promoção do trabalhador, a exemplo do art. 452-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, o qual afrontaria o artigo 7º, inciso IV, da CF/88), pois restringe de forma desproporcional aos direitos sociais, além de trazer insegurança ao trabalhador:

[...] porém, *a contrario sensu*, o legislador reformista brasileiro foi de encontro às normas trabalhistas constitucionais. Possível, pois, o controle de constitucionalidade dos dispositivos da Lei 13.467/17 que contrariem normas constitucionais. Por exemplo, o artigo 452-A, que traz a figura do contrato intermitente, *in verbis*:

“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.”

Da análise de tal dispositivo percebe-se a violação frontal à garantia de remuneração mínima (art.7º, IV da CF88), o que restringe de forma desproporcional o direito social ao lazer e à desconexão (art.6º da CF) e traz insegurança para o empregado, visto que lhe retira qualquer previsibilidade quanto à jornada mensal e, conseqüentemente, ao salário mensal.

Existem diversos outros dispositivos flagrantemente inconstitucionais na Lei 13.467/17 em razão da inobservância do dever de aperfeiçoamento da legislação existente, o que significa violação direta e literal aos artigos 5º, §1º da CF88 (que traz a dimensão objetiva), havendo parâmetro constitucional para o reconhecimento da sua inconstitucionalidade material [...]

Vale então, trazer uma explicação do próprio autor, lançando mão dos ensinamentos dos mestres Ingor Sarlet e Canotilho sobre a eficácia dos direitos fundamentais:

Ingo Wolfgang Sarlet constata que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade. Tal fato, segundo o autor, constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. No Brasil, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos sociais, já que estes, como visto, também são dotados de fundamentalidade, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de sua edição normativa, mas também de seu próprio resultado. É justamente com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se observa que o legislador pátrio possui deveres ativos de proteção, que engloba o dever de aperfeiçoamento da legislação existente, no sentido de conformá-las às exigências dos direitos fundamentais sociais. Gomes Canotilho, citado por Sarlet, diz que os deveres de proteção não constituem “um simples dever de ação do Estado para proteger bens ou promover fins constitucionais, mas um dever de

ação para 'segurar' direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais" [...] (COSTA, 2017, p. 02 e 03).

Portanto, a Lei 13.467/2017, em muitos pontos viola a eficácia objetiva dos direitos fundamentais, pois se coloca frontalmente contrária os direitos sociais integrantes também do núcleo essencial da Constituição.

Também nesse mesmo sentido da inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017, a qual alterou substancialmente regras da CLT, a doutrina aponta afronta geral a máxima da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pela qual, cabe ao legislador aperfeiçoar os direitos e não os suprimir, vedando-se, portanto, a flexibilização ou desregulamentação. Assim, é a lição de Diego Carneiro Costa (2017, p. 03 e 04):

Da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, também se extrai a sua eficácia irradiante, como ecoa dos ensinamentos de Ingo Sarlet: Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais.”

Assim, as normas infraconstitucionais, como é o caso da Lei 13.467/17, não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais trabalhistas, impondo-se uma interpretação conforme a Constituição, que também é técnica hermenêutica da interpretação da Carta Social. Em resumo, o que se observa através desta perspectiva, mais uma vez, é que o legislador possui o dever de aperfeiçoamento da legislação existente, em atenção à eficácia irradiante das normas constitucionais. Os direitos constitucionais sociais fornecem impulsos e diretrizes que devem guiar o legislador à concretização dos direitos trabalhistas na legislação infraconstitucional e não à sua desregulamentação, como se observou da Lei 13.467/17. Porém, não só o legislador, mas também o intérprete (jurista ou administrador) está vinculado à eficácia irradiante dos Direitos Trabalhistas, devendo atuar no sentido de concretizá-los. Sob esta ótica, não deve o Juiz, por exemplo, abster-se de realizar o controle difuso de constitucionalidade quando uma norma reformista de flagrante inconstitucionalidade se apresentar num caso concreto. Trata-se do sistema de freios e contrapesos sendo posto em prática [...].

Conforme aponta acima o autor, há então uma solução contra a inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista, ou seja, num primeiro momento o deve do juiz em realizar o controle difuso de constitucionalidade.

Desse modo, enquanto o Congresso Nacional funcionou como um legislador positivo, criando normas e regulando situações, mesmo que ao sentir da doutrina caminhou na direção contrária ao aperfeiçoamento dos direitos, notadamente os

direitos fundamentais trabalhistas, cabe ao Poder Judiciário, guardião da Constituição, atuar como legislador negativo, expurgando, seja no caso concreto, seja de forma abstrata, normas contrárias à Lei Maior.

Consoante a isso, também aponta a doutrina afronta a proporcionalidade, princípio alçado a meganorma ou postulado normativo ou ainda princípio instrumental que no Direito Constitucional funciona para resolver problemas de conflitos entre princípios, o qual é assim referido por Ingo Sarlet (apud COSTA, 2017, p. 04):

[...] O princípio da proporcionalidade que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos- tanto comissivos quanto omissivos- dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de direitos privados. [...].

Assim, Diego Carneiro Costa (2017, p. 04) alude que a proporcionalidade é o limite dos limites, ou seja, um limitador de flexibilização ou diminuição da esfera de alcance dos direitos fundamentais que não podem ser limitados de qualquer maneira, ainda mais sem respeitar o princípio democrático com amplo debate com a sociedade, fato que não ocorre com a Reforma Trabalhista:

Segundo a doutrina pátria, eventuais limitações aos direitos fundamentais só serão tidas por justificadas, ou seja, consideradas lícitas, se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. O controle de constitucionalidade formal diz respeito à investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal que produziu a norma. Abstendo-se de análise mais detalhada, entende-se neste trabalho que a incompatibilidade formal da Lei 13.367/17 está caracterizada pela ausência de debate com a sociedade, o chamado “déficit democrático”. [...].

Ainda seguindo esse raciocínio, Diego Carneiro Costa (2017, p. 05), traz exemplo da violação da constituição pela via da ofensa a proporcionalidade na vertente da vedação a proteção insuficiente:

[...] Sob esse prisma, o princípio da proporcionalidade possui uma dupla perspectiva. Por um lado, na sua faceta da proibição de excesso (*übermassverbot*) atua como o principal limite aos limites dos direitos fundamentais, impedindo que a norma editada atue no sentido de atingir o núcleo ineliminável dos direitos sociais. Por outro lado, a faceta da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), traz a ideia de que o legislador positivo não pode atuar de modo insuficiente na proteção dos direitos fundamentais, coadunando-se, mais uma vez, com a já sufragada ideia de aperfeiçoamento da legislação existente, na medida dos direitos fundamentais. A reforma trabalhista, sem dúvida alguma, trouxe diversas

restrições, limitações e supressões de direitos sociais dotados de fundamentalidade, sendo flagrante a sua inconstitucionalidade material [...].

O fato é tão grave que a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA, publicou dia 19/10/2017 uma série de enunciados de sua 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, demonstrando a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 13.467/2017 que introduziu a Reforma Trabalhista, a qual, na visão desses operadores do direito violaria ainda tratados e convenções internacionais que o Brasil é signatário, do que vale citar alguns desses entendimentos, inclusive sendo o Brasil fundados da OIT:

[...] CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE E DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS. REFORMA TRABALHISTA. LEI 13.467/2017. INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM AS CONVENÇÕES DA OIT. AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE. OFENSA À CONVENÇÃO 144 DA OIT. II. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES. OFENSA À CONVENÇÃO 154 DA OIT, BEM COMO AOS VERBETES 1075, 1081 E 1082 DO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA OIT [...].

Veja-se que neste caso, a violação da Reforma Trabalhista se dá em relação a Convenção e Tratados internacionais, motivo pelo qual se chama controle de convencionalidade e não de constitucionalidade.

No que tange a interpretação a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho também traz à tona a Lei 13.467/2017:

[...] OS JUÍZES DO TRABALHO, À MANEIRA DE TODOS OS DEMAIS MAGISTRADOS, EM TODOS OS RAMOS DO JUDICIÁRIO, DEVEM CUMPRIR E FAZER CUMPRIR A CONSTITUIÇÃO E AS LEIS, O QUE IMPORTA NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS, BEM COMO NO USO DE TODOS OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DISPONÍVEIS. NESSA MEDIDA: I. REPUTA-SE AUTORITÁRIA E ANTIRREPUBLICANA TODA AÇÃO POLÍTICA, MIDÍÁTICA, ADMINISTRATIVA OU CORREICIONAL QUE PRETENDER IMPUTAR AO JUIZ DO TRABALHO O "DEVER" DE INTERPRETAR A LEI 13.467/2017 DE MODO EXCLUSIVAMENTE LITERAL/GRAMATICAL; II. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL É ATIVIDADE QUE TEM POR ESCOPO O DESVELAMENTO DO SENTIDO E DO ALCANCE DA LEI TRABALHISTA. É FUNÇÃO PRIMORDIAL DO PODER JUDICIÁRIO TRABALHISTA JULGAR AS RELAÇÕES DE TRABALHO E DIZER O DIREITO NO CASO CONCRETO, OBSERVANDO O OBJETIVO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE CONSTRUIR UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E IGUALITÁRIA. EXEGESE DOS ARTIGOS 1º, 2º, 3º, 5º, INCISO XXXV, 60 E 93, IX E 114 DA CRFB; III. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º E DO § 3º DO ARTIGO 8º DA CLT E

DO ARTIGO 611-A, §1º, DA CLT. SERÁ INCONSTITUCIONAL QUALQUER NORMA QUE COLIME RESTRINGIR A FUNÇÃO JUDICIAL DE INTERPRETAÇÃO DA LEI OU IMUNIZAR O CONTEÚDO DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO DA APRECIÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO, INCLUSIVE QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE, CONVENCIONALIDADE, LEGALIDADE E CONFORMIDADE COM A ORDEM PÚBLICA SOCIAL. NÃO SE ADMITE QUALQUER INTERPRETAÇÃO QUE POSSA ELIDIR A GARANTIA DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ADEMAIS, POR OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 114, I, DA CF/88 E POR INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DO ACESSO A JUSTIÇA E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL [...].

Vale citar outros enunciados que consideram a Reforma Trabalhista inconstitucional, inclusive considerando a Lei 13.467/2017 como ilegítima no sentido formal e no sentido material:

[...] FONTES DO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO NA LEI 13.467/2017 TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES É APLICÁVEL À INTERPRETAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA DO DIREITO DO TRABALHO. LEI 13.467/2017 A LEI 13.467/2017, DA REFORMA TRABALHISTA, NÃO AFETOU OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO POSITIVADOS NA CLT (ART. 8º), BEM COMO OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO (TÍTULOS II A IV), DA PRIMAZIA DA REALIDADE (ARTS. 3º E 442), DA IRRENUNCIABILIDADE (ARTS. 9º E 468), DA NORMA MAIS FAVORÁVEL, DA IMODIFICABILIDADE CONTRATUAL EM PREJUÍZO DO TRABALHADOR (ART. 468), DA SUPREMACIA DO CRÉDITO TRABALHISTA (ARTS. 100 DA CF E 186 DO CTN) E DOS PODERES INQUISITÓRIOS DO JUIZ DO TRABALHO (ART. 765), DENTRE OUTROS, CUJA OBSERVÂNCIA É REQUISITO PARA A VALIDADE DA NORMA JURÍDICA TRABALHISTA

ILEGITIMIDADE DA LEI 13.467/2017 A LEI 13.467/2017 É ILEGÍTIMA, NOS SENTIDOS FORMAL E MATERIAL PRESCRIÇÃO TOTAL. INCOMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A PRESCRIÇÃO TOTAL, CONSUBSTANCIADA NO ARTIGO 11, § 2º, DA CLT, É INCOMPATÍVEL COM O ARTIGO 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DE JORNADA SUPERIOR A OITO HORAS EM ATIVIDADES INSALUBRES A FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO SUPERIOR A OITO HORAS EM ATIVIDADES INSALUBRES, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DAS ENTIDADES RESPONSÁVEIS PELA HIGIENE E SEGURANÇA NO TRABALHO, VIOLA OS TERMOS DO INCISO XXII DO ARTIGO 7 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ASSIM, SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 60 E O INCISO XIII, DO ARTIGO 611- A, INTRODUZIDOS PELA LEI 13.467/2017. [...].

É claro que, de acordo com a doutrina há uma possibilidade de flexibilização, pois o Estado mantém uma intervenção nas relações de direito do trabalho,

estabelecendo o mínimo existencial, autorizando, em certos casos, exceções ou regras menos rigorosas, de forma que seja possível manter, tanto a empresa, quanto os empregos, a exemplo da regra da irredutibilidade salarial, mas não é impossível a flexibilização, mediante negociação coletiva, nos termos do art. 7º, VI da CF/88 (RESENDE, 2016, p. 03).

Mas, na reforma em tela, o que se tem é a brusca mudança, sem se preservar um mínimo de proteção normativa em temas já consagrados, inclusive sem que se tem maior debate sobre o assunto.

Logo, seja de forma genérica, seja isoladamente em algum dispositivo, ou ainda o animus do Poder Executivo na pessoa do Presidente da República e a intenção do Poder Legislativo, certo é que há dúvidas sobre a legitimidade, constitucionalidade, legalidade e razão de ser dessa Reforma Trabalhista, cujo futuro somente o tempo responderá.

3 PRINCIPAIS TEMAS DA REFORMA TRABALHISTA

3.1 A DURAÇÃO DO TRABALHO, O TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR E FÉRIAS

A jornada de trabalho significa o número de horas diárias trabalhadas. São computadas na jornada de trabalho não só o tempo efetivamente trabalhado, mas também o tempo a disposição do empregador.

O art. 4º da CLT assevera:

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Nessa toada, no que concerne à consideração do tempo à disposição do empregador, o art. 58, § 2º da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, prevê que:

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

(...)

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

Deixam de ser devidas assim, as horas *in itinere* ou de trajeto. Anteriormente, esse mesmo dispositivo legal, com a redação dada pela lei 10.243/2001 previa que o tempo despendido pelo empregado até o seu local de trabalho, bem como seu retorno, não eram computados como jornada de trabalho, exceto quando se tratar de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer condução.

Para que as hora de trajeto integrassem a jornada de trabalho, eram exigidos dois requisitos: local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, e condução fornecida pelo empregador.

Insta frisar que a incompatibilidade entre horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público, era circunstancia que também

gerava o direito às horas *in itinere*, mas, a insuficiência do transporte público não ensejava o pagamento da horas *in itinere*, e se houvesse transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas limitavam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público, conforme a súmula 90, item II 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, DJ21.12.1993)
 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)

Não obstante, a súmula 320 do TST também restou superada:

Súmula nº 320 do TST
 HORAS "IN ITINERE". OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
 O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas "in itinere".

Como as horas *in itinere*, quando presentes os mencionados requisitos legais, eram computados na jornada de trabalho, devendo ser remuneradas integralmente, sob pena de se admitir algo próximo ao labor sem a correspondente remuneração, como ocorre no trabalho forçado, que é análogo ao trabalho escravo, totalmente proibido no ordenamento jurídico brasileiro.

Há de se reiterar que é considerado como serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada (art. 4º da CLT).

Nessa esteira, sabendo que as horas *in itinere* eram computáveis na jornada de trabalho, o tempo que ultrapassava a jornada legal, era considerado como extraordinário, devendo sobre ele incidir o adicional respectivo, conforme o item V da súmula 90 do TST.

O art. 58, § 3º, acrescentado pela lei complementar 123/2006, previa que poderiam ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo e convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração. Essa previsão foi revogada pelo art. 5º, inciso I, “a”, da lei 13.467/2017, cuja redação segue:

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

(...)

§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.

Art. 5º Revogam-se:

I - os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943:

a) § 3º do art. 58;

Anteriormente, mesmo não se tratando de microempresas e empresas de pequeno porte, a jurisprudência admitia a fixação de quantidade de horas *in itinere*, a serem remuneradas por meio de negociação coletiva de trabalho.

Apesar da tendência do Superior Tribunal do Trabalho fosse decidir pela validade da fixação ou limitação, em termos razoáveis, da jornada *in itinere*, em norma coletiva negociada, desde que observado o princípio da proporcionalidade entre o tempo fixado e aquele efetivamente gasto, a jurisprudência da referida corte considerava inválida a simples supressão, de forma integral, do referido direito, ainda que por meio de negociação coletiva de trabalho (GARCIA, 2017, p. 69).

Nesse sentido, podemos destacar alguns julgados:

RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE . NORMA COLETIVA QUE PREVÊ A SUPRESSÃO DO DIREITO. INVALIDADE. PRINCÍPIO DA

VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO. O pacto coletivo, também garantido pela Lei Maior, não empresta validade, por si só, à supressão ou diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A flexibilização das condições de trabalho, em princípio possível em matéria de jornada de trabalho, não pode se sobrepor ao princípio da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF). Nesse contexto, inviável o reconhecimento de norma coletiva que retira direitos mínimos do empregado. Acrescenta-se, por fim, que o artigo 58 da CLT foi alterado pela Lei Complr 123/2006, sendo acrescentado o parágrafo 3º, que passou a admitir a flexibilização de horas *in itinere* para empresas de pequeno porte e microempresas, e em situações fixadas na própria Lei, mas não autorizou a supressão do direito definido no parágrafo anterior. Recurso de revista não provido. (TST - RR: 1212006820065090654 121200-68.2006.5.09.0654, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 25/05/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS 'IN ITINERE'. Ao rejeitar a validade da norma coletiva que excluiu o direito dos trabalhadores às horas *'in itinere'*, o Tribunal Regional decidiu em conformidade com a iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior, que, apesar de admitir a limitação do referido direito, pela via da negociação coletiva, não reconhece a validade da norma que o suprime. Precedentes. Assim, não se verifica ofensa ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. A tese recursal, no sentido de que as horas *'in itinere'* não devem ser remuneradas como labor extraordinário, encontra-se superada pelo item V da Súmula nº 90 do TST. Inviável, portanto, o processamento do recurso de revista, por dissenso pretoriano, ante o teor da Súmula nº 333 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento."- (TST Processo: AIRR 60440-33.2005.5.03.0048 Data de Julgamento: 05/05/2010, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010)

De todo modo, o art. 58, §2º da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, excluiu por completo o direito à remuneração das horas *in itinere*.

Em artigo denominado Supressão das Horas *in itinere*, Marina Quaglio Marques (2018, p. 367 a 378), conclui, dentre outros pontos, que a reforma trabalhista, neste ponto atendeu ao clamor dos empresários, pois os empregados contratados a partir de 11/11/2017 não tem direito a receber a referida verba salarial ainda que o local de prestação de serviços seja de difícil acesso e o empregador forneça transporte. Isso inverteu o entendimento pacificado pela doutrina e a jurisprudência, mas trata-se de uma reforma lacunosa, gerando bastantes dúvidas e provocando mais insegurança jurídica.

Também em artigo denominado A Supressão das horas *in itinere*, Leandro Antunes de Oliveira (2018, p. 379 a 387), destaca a nota técnica número 7 do Ministério Público do Trabalho atacando de forma fundamentada as arbitrariedades trazidas pela reforma trabalhista, na qual aponta violações à ordem constitucional, trazendo prejuízo ao equilíbrio da relação capital-trabalho, bem como facilitando as

fraudes trabalhistas e a corrupção nas relações coletivas, somado ao aprofundamento da segurança jurídica. O autor cita como uma das principais consequências negativas da reforma, o sepultamento das horas *in itinere*.

3.1.1 Férias

As férias têm o condão de proporcionar um período mais extenso de descanso ao empregado, de modo a evitar problemas de saúde decorrentes do cansaço excessivo. A Constituição Federal de 1988 garante esse direito ao trabalhador, no art. 7º, inciso XVII, que diz: “gozo de férias anuais e remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” (GARCIA, 2018, p. 871)

O período aquisitivo das férias é de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, conforme estabelece o art. 130 da CLT:

Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção

Assim, todo empregado tem direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo a sua remuneração, como preconiza o art. 129 da CLT:

Art. 129 - Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

Nessa linha, as férias devem ser concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito, assegura o art. 134 da CLT:

Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

O art. 134, § 1º, com a redação dada pela lei 13.467/2017, pondera que, desde que haja a anuência do empregado, as férias podem ser usufruídas em até 3 (três) períodos, sendo que um deles não pode ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não podem ser inferiores a cinco dias corridos, cada um:

§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser

inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

Nas entrelinhas, é sabido que o empregado presta serviços de forma subordinada ao empregador, nem sempre a vontade daquele tem como ser manifestada de forma autêntica e hígida, mesmo porque normalmente precisa do emprego para manter a própria subsistência da família.

Anteriormente, quanto às férias individuais, o art. 134, § 1º da CLT, na redação decorrente do Decreto-lei 1.535/1977, previa que somente em casos excepcionais as férias poderiam ser concedidas em dois períodos, e que um dos quais não poderia ser inferior a dez dias corridos.

Contudo, vale ressaltar que nem sempre o empregado tem direito a trinta dias de férias. Nesse sentido, aduz o art. 130 da CLT:

Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:
I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes;
II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;
III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;
IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

Os períodos de férias mais curtos são passíveis de crítica, pois dificilmente atenderão a finalidade social das férias, que seria de assegurar o efetivo descanso físico e mental do empregado, tanto que o próprio conceito de férias consagrado na doutrina, a exemplo do Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2018, p. 872) assevera que se trata de um período prolongado de descanso, e nesse período o empregado não presta serviços, mas tem direito de receber a remuneração. Com a reforma, esse conceito, quanto ao período prolongado deixa de ter sentido.

Vale indicar que a Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho, sobre férias anuais e remuneradas, de 1970, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 47/1981 e promulgada pelo Decreto 3.197/1999.

O art. 8º desta Convenção dispõe que:

Artigo 8

1. - O fracionamento do período de férias anuais remuneradas pode ser autorizado pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país.

2. - Salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada em questão, e desde que a duração do serviço desta pessoa lhe dê direito a tal período de férias, numa das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos.

O art. 134, § 2º da CLT, que previa que os menores de dezoito anos e maiores de cinquenta anos de idade as férias serão sempre concedidas de uma só vez, foi revogado pelo art. 5º, inciso I, “f” da Lei 13.467/2017.

O art. 134, §3º da Lei 13.467/2017 veda o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado, tendo como objetivo não prejudicar o empregado quanto ao gozo das férias, evitando que estas se iniciem no período de dois dias antes de feriado ou repouso semanal remunerado, pois nesses dias o empregado já estaria descansando, de forma remunerada (GARCIA, 2017, p.99).

Mas, é admitido que o início das férias ocorra em período posterior ao feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

3.2 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

A prescrição é um instituto do ordenamento jurídico que tem por finalidade regular a perda de um determinado direito de acionar de forma judicial, em razão do transcorrer de um certo período de tempo.

Uma vez que um indivíduo tem seu direito violado, este terá pretensão na sua satisfação, e após o prazo prescricional determinado em lei, essa pretensão se torna inexigível. Assim como dispõe o art. 189 do Código Civil :

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição (...)

O art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal, juntamente com a redação da Emenda Constitucional 28/200, que determinou a aplicação dos prazos prescricionais relativos aos empregados urbanos e rurais, ao catalogar os direitos trabalhistas, prevê:

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

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

Nesse sentido, quanto à eficácia no tempo dessa alteração da norma constitucional, conforme Orientação Jurisprudencial 271 da SBDI-I do TST:

Rurícola. Prescrição. Contrato de emprego extinto. Emenda constitucional nº 28/2000. Inaplicabilidade. O prazo prescricional da pretensão do rurícola, cujo contrato de emprego já extinguiu ao sobrevir a Emenda Constitucional nº 28, de 26/05/2000, tenha sido ou não ajuizada a ação trabalhista, prossegue regido pela lei vigente ao tempo da extinção do contrato de emprego.

Não obstante, vejamos outro entendimento jurisprudencial no mesmo sentido, através da OJ 417 da SBDI-I do TST:

PRESCRIÇÃO. RURÍCOLA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28, DE 26.05.2000. CONTRATO DE TRABALHO EM CURSO. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012) Não há prescrição total ou parcial da pretensão do trabalhador rural que reclama direitos relativos a contrato de trabalho que se encontrava em curso à época da promulgação da Emenda Constitucional nº 28, de 26.05.2000, desde que ajuizada a demanda no prazo de cinco anos de sua publicação, observada a prescrição bienal.

Insta frisar que há dois prazos prescricionais para fins trabalhistas, um deles é a bienal, que se inicia com a extinção do contrato do trabalho, que podem ser exigidas as parcelas relativas aos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, conforme aduz a súmula 308 do TST:

Súmula nº 308 do TST
PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)
II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1

Destarte, a súmula 362 do TST firmou o entendimento de que os referidos prazos prescricionais também se aplicam quanto a pretensão relativa aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, vejamos:

Súmula nº 362 do TST

FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Em suma, o prazo prescricional total de 2 (dois) anos começa a contar a partir da rescisão do contrato de trabalho.

Entretanto, se o aviso prévio for indenizado, juntamente com o seu período será integrado o tempo de serviço do empregado, o biênio prescricional se inicia apenas a partir da cessão da projeção do contrato de trabalho, segundo o art. 487, §1º da CLT, e a OJ 83 da SBDI-I do TST:

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

(...)

§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

83. AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO (inserida em 28.04.1997)

A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, da CLT.

Considerando que a mudança de regime do emprego público para estatutário encerra o contrato de trabalho, assim dispõe a súmula 382 do TST:

Súmula nº 382 do TST

MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO BIENAL (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 128 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bial a partir da mudança de regime. (ex-OJ nº 128 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998)

Ademais, quanto ao contrato de trabalho doméstico, o art. 43 da Lei Complementar 150/2015 (Lei do Trabalho Doméstico) estabelece que o direito de

ação quanto a créditos das relações de trabalho prescreve em 5 (cinco) anos, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho.

De igual forma, nos moldes do art. 37, § 4º da Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos), as ações relativas aos créditos da relação de trabalho avulso, prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor da mão de obra.

A prescrição não extingue o direito de ação, mas sim a exigibilidade da pretensão. Assim, o art. 11 da lei da Reforma Trabalhista apresenta que:

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do Contrato de Trabalho.

Trata-se de previsão com o mesmo conteúdo da norma constitucional que tutela os prazos prescricionais no âmbito trabalhista, apenas com uma adequação formal da redação.

Contudo, vale ressaltar que o disposto no art. 11 da Lei 13.467/2017 não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto a previdência social, pois a anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social é uma decorrência da ação principal, de natureza meramente declaratória, concernente ao reconhecimento da relação jurídica de emprego, a qual não está sujeita ao prazo prescricional (GARCIA, 2017, p. 46).

Assim, a prescrição incide quanto as pretensões de natureza condenatória, normalmente exercidas através da ação judicial, uma vez que as ações declaratórias não estão sujeitas a prescrição, e as ações constitutivas com prazo prescrito em lei para seu ajuizamento estão sujeitas, quanto ao exercício do direito potestativo, à decadência.

Em se tratando da pretensão que envolva pedido de prestação sucessiva decorrente da alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, salvo quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei, assim preconiza o §2º do art. 11 da CLT.

No entanto, se o contrato de trabalho estiver vigente quando da alteração ou descumprimento do pactuado, somente corre o prazo prescricional quinquenal, nos moldes do art. 7º, inciso XXIX, primeira parte da Constituição Federal.

Num aspecto processual, via de regra, a prescrição deve ser declarada de ofício pelo juiz, ainda que esta regra seja aplicada de forma subsidiária, ante o caráter de ordem pública, conforma o art. 332, §1º do CPC:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

(...)

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Destarte, há certa resistência por parte da doutrina em relação a aplicação dessa regra no processo do trabalho ante seu caráter protetivo, vejamos as súmulas nº 50 do TRT1 e 34 do TRT6:

SÚMULA Nº 50 do TRT1. Prescrição. Declaração de ofício. A pronúncia de ofício da prescrição, prevista no artigo 219, § 5º, do CPC, é incompatível com os princípios que norteiam o Processo do Trabalho.

Súmula nº. 34 do TRT6. – PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO. ESFERA TRABALHISTA. INAPLICABILIDADE. No âmbito do processo trabalhista, a prescrição de ofício é inaplicável.

Mas, ao admitir essa hipótese, o juiz só poderia declarar a prescrição de ofício quando o autor da ação fosse empregado, o que contesta o princípio da igualdade. O princípio protetivo não se aplica diretamente ao processo do trabalho, pois ele já decorre da interferência das regras de direito material nos dispositivos de direito processual do trabalho, salvo determinação expressa nesse sentido (JÚNIOR, 2018, p. 849).

Por fim, a lei 13.467/17 acrescentou ao art. 11-A o §2º, dispondo que o juiz pode declarar a prescrição intercorrente de ofício, que é o tipo de prescrição que incide quando o processo permanece paralisado por um tempo, sendo corroborada ainda com a súmula 327 do STF: “O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente”, podendo ser arguida em qualquer grau de jurisdição, deixando de prevalecer assim, a súmula 114 do TST: “inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

3.3 O TRABALHO DA MULHER E O TRABALHO INTERMITENTE

3.3.1 A mulher e a atividade insalubre

O art. 394-A da CLT, na redação oriunda da Lei 13.287/2016 previa que a empregada gestante ou lactante seria afastada enquanto durasse a gestação e a lactação, de qualquer atividade, operação ou local insalubre, devendo então, exercer suas atividades em local salubre.

O referido artigo, com redação dada pela lei 13.467/2017, dispõe que sem prejuízo da sua remuneração, está incluído o valor do adicional de insalubridade, devendo a empregada ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Assim, cabe a empresa a pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, devido ao recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, assim aduz o art. 394-A, §2º da CLT, acrescido da redação dada pela lei 13.467/2017:

Entretanto, quando não for possível a gestante ou a lactante afastada nos termos do art. 394-A, *caput*, da CLT, exercer suas atividades em local insalubre na empresa, a hipótese deve ser considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade nos moldes da Lei 8.213/91, durante todo o período de afastamento. Assim aduz o art. 394-A, §3º da CLT, com a nova redação da Lei 13.467/2017.

Insta registrar que no caso do art. 394-A, §3º da CLT, por se tratar de extensão de benefício previdenciário, cabe ainda a norma legal indicar a correspondente fonte total de custeio, em atendimento ao que assevera o art. 195, § 5º da Constituição Federal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Essa previsão legal tem como objetivo proteger a saúde da mulher durante os períodos de gestação e lactação, pois é sabido que as condições insalubres no ambiente de trabalho podem causar prejuízos irreparáveis também ao feto ou a criança que for exposta. Em regra, o correto seria que todos os empregados trabalhassem apenas em condições adequadas, seguras e salubres, em conformidade com as normas de segurança e da medicina do trabalho (art. 7º, inciso XXII da Constituição Federal). Contudo, como nem sempre isso é possível, o inciso XXIII do mesmo dispositivo legal assegura o direito de adicional de insalubridade, na forma da lei.

Ainda neste tema, segundo o art. 189 da CLT, devem ser consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que por sua natureza, exponham os trabalhadores a agentes nocivos à saúde, acima dos limites máximos previstos lei, em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Tendo em vista que se trata de matéria que envolve conhecimentos técnicos, compete ao Ministério do Trabalho aprovar o quadro das atividades e operações insalubres, bem como adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes nocivos, meios de proteção e o tempo máximo do empregado esses agentes, como pondera o art. 190 da CLT, sendo a Norma Regulamentadora nº 15 que descreve os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do empregado, bem como os respectivos limites de tolerância.

O art. 190 da CLT assevera que a eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorre das seguintes maneiras: com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Nesse sentido, o exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a

percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximos, médio e mínimo, respectivamente, segundo o art. 192 da CLT.

Por fim, vale registrar que no artigo denominado Os impactos da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) nos Direitos Trabalhistas das Mulheres, Beatriz Carvalho Nogueira e Paulo Henrique Martinucci Boldrin (2018, p. 535 a 563) concluíram que a reforma, em seu conjunto foi negativa para os direitos trabalhista das mulheres na medida em que altera o intervalo para amamentação, passando a prevê a negociação individual, o que poderá redundar em prejuízos à mulher e à criança, além de que a reforma poderá gerar maiores perdas de direitos para as mulheres em razão da prevalência do negociado sobre o legislado, uma vez que a participação das mulheres nos sindicatos tem baixa representatividade. Também há prejuízos materiais e morais às mulheres, sobretudo no que tange ao trabalho intermitente e à duração da jornada.

3.3.2 Intervalo antes da prorrogação da jornada

No campo das normas sobre a proteção ao trabalho da mulher, o art. 384 da CLT, em sua redação original, estabelecia que em caso de prorrogação do horário normal é obrigatório o descanso de 15 (quinze) minutos, no mínimo, antes do início do período de trabalho extraordinário, previsão esta que foi total e expressamente revogada pelo art. 5º, inciso I, “i” da Lei 13.467/2017.

O art.384 da CLT, que era destinado apenas ao trabalho da mulher, ao estabelecer tratamento diferenciado e protetivo, ausente para o homem, segundo certa corrente de entendimento, não se mostra razoável na atualidade, afrontando o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso I, e art. 7º, inciso XXX da Constituição Federal), podendo gerar discriminação na contratação do trabalho da mulher, que é vedada pelo art. 3º inciso IV da Constituição Federal (GARCIA, 2017, p.119).

Entretanto, apesar desse entendimento minoritário, o Tribunal Superior do Trabalho havia aplicando o entendimento de que o mencionado dispositivo não viola o princípio da igualdade entre homens e mulheres, vejamos:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO DE 15 MINUTOS PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. CONSTITUCIONALIDADE. I. No Incidente de Inconstitucionalidade em Recurso de Revista nº 1540/2005-046-12-00.5, esta Corte Superior decidiu que o comando do art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Por outro lado, considerando que a norma do art. 384 da CLT permanece válida, esta Corte Superior tem decidido que a sanção imposta ao empregador que descumpra seu comando é a remuneração do intervalo não fruído com o acréscimo do adicional mínimo de 50% previsto no art. 71, § 4º, da CLT, aplicável por analogia ao caso. II. Recurso de revista de que se conhece, por violação do art. 384 da CLT, e a que se dá provimento. (TST - RR: 10313720125010081, Data de Julgamento: 01/06/2016, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016)

Esse entendimento também foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que o art. 384 da CLT fora recepcionado pela Constituição:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUCIONAL. RECEPÇÃO DO ART. 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONSTITUCIONALIDADE DO INTERVALO DE 15 MINUTOS PARA MULHERES TRABALHADORAS ANTES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MANTIDA A DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso não provido. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. 2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras. (STF - RE: 658312 SANTA CATARINA, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/11/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/02/2015)

Nesse sentido, o STF entendeu que o dispositivo em questão não estaria excluído do alcance de futuras modificações legislativas. No mesmo contexto, o art. 384 da CLT foi revogado pela Lei 13.467/2017.

3.3.3 Intervalo para amamentação

Para amamentar o próprio filho até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher tem direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um, segundo o art. 396 da CLT, e nos casos em que for imprescindível à saúde da criança, este período pode ser dilatado a critério da autoridade competente, conforme o §1º do mesmo dispositivo legal.

De acordo com o art. 396, § 2º da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, os horários dos descansos devem ser definidos em acordo individual entre a funcionária mãe e o empregado (GARCIA, 2018, p. 926).

3.3.4 O trabalho intermitente

O art. 443 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, prevê que o contrato individual de trabalho pode ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

Nesse tipo de trabalho, qual seja, o intermitente, a jornada é móvel e flexível, permitindo que o empregado receba apenas pelo tempo de labor efetivamente prestado, deixando ao empregador a definição do período que será laborado em cada dia e época.

Porém, trata-se de sistemática que pode gerar uma insegurança ao trabalhador, não permitindo saber se será convocado para prestar serviços, ou por quanto tempo, o que resulta no desconhecimento de qual valor do salário a ser recebido, bem como o desconhecimento do verdadeiro nível remuneratório mensal (GARCIA, 2018, p. 135).

Na prática, a medida pode gerar a transferência ao empregado, que é a parte mais vulnerável da relação jurídica, dos riscos da atividade econômica e do e do

empreendimento desenvolvido, que por natureza devem ser do empregador, por ser o titular dos meios de produção (art. 2º da CLT).

Os trabalhadores empregados têm as suas despesas mensais, e muitas delas são fixas, necessitando saber, com maior segurança e previsibilidade, o patamar de sua renda, não podendo conviver com a incerteza em demasia.

A argumentação da concordância desse tipo de trabalho é que permitiria ao indivíduo de ter mais de um emprego, o que tornaria vantajoso para as duas partes.

Porém, a exclusividade não é requisito do contrato de trabalho (art. 2º e 3º da CLT). Geralmente, nada impede que o empregado tenha mais de um vínculo empregatício, mesmo sendo fixo o horário laboral.

Em verdade, pode-se observar que essa modalidade favorece a parte mais forte da relação de emprego, permitindo ao empregador a busca pelo lucro sem o assumir o risco inerente às obrigações trabalhistas.

Além da ausência da demonstração científica de que a medida em questão é capaz de reduzir os altos níveis de desemprego, em termos práticos, o empregado dificilmente conseguirá conciliar mais de um emprego, ao não saber com maior antecedência o período de trabalho que terá de realizar, bem como quanto tempo ainda terá disponível a cada dia para realizar outras atividades.

A rigor, conforme previsão legal imperativa (art. 4º da CLT), o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, também é considerado tempo efetivo de serviço. Deste modo, não apenas o tempo de labor concretamente realizado, mas todo o período referido, por integrar a jornada de trabalho, deverá ser remunerado.

Considerando o exposto, anteriormente, havia o entendimento no sentido de não ser válida a pactuação de jornada de trabalho móvel e variável, como acontece no trabalho intermitente, fazendo com que o empregado recebesse apenas pelas horas trabalhadas, nem mesmo por convenção ou acordo coletivo. Nesse sentido, podem ser destacados os seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em

qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.” (Processo: RR - 989190016.2005.5.09.0004 Data de Julgamento: 23/02/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E VARIÁVEL - ABUSO DE DIREITO - SÚMULAS NºS 23, 221, II, E 296 DO TST. Conforme notícia a decisão recorrida consta do contrato de trabalho cláusula estipulando jornada móvel e variável, recebendo o empregado apenas por aquelas horas trabalhadas. O respectivo modelo de jornada incorpora benefícios à empresa, atendendo, todavia, apenas às suas necessidades e preterindo, os interesses dos empregados. A possibilidade de contratação para jornada inferior ao limite legal com salário proporcional obviamente resta autorizada, mas não se admite a ausência da prefixação daquela jornada, ainda que reduzida, porquanto é direito do empregado ter a efetiva ciência prévia de sua jornada diária de trabalho e, conseqüentemente, do seu salário mensal. Na hipótese dos autos a contratação previa a possibilidade de jornada diária de até oito horas, razão pela qual ficava o empregado vinculado a todo aquele período, não lhe cabendo ativar-se em outra atividade. No mesmo diapasão, não tinha conhecimento prévio do valor de seu salário mensal, pois percebia pelas horas efetivamente trabalhadas, apenas com a garantia mínima de duas horas diárias. Dessume-se desse contexto que o benefício do referido regime de contratação dirigia-se única e exclusivamente ao interesse do empregador, sabedor de que contaria com o empregado pela jornada integral de oito horas diárias conforme lhe aprovesse e, ainda, podendo estender as jornadas com o pagamento de horas extraordinárias. Assim, a empregadora geria um regime de otimização das horas de trabalho de seus empregados e de escalas conforme a movimentação e a necessidade dos serviços em seu estabelecimento. Nos períodos de pequena frequência de clientes o empregado trabalharia por poucas horas, e a reclamada não necessitaria pagar pelo tempo no qual o trabalhador, embora não se ativasse na função, fosse obrigado a reservar o seu dia para atender à possível convocação para a jornada de oito horas. Dessa fixação da jornada, ainda que proporcional e inferior ao limite legal, deve atender às exigências de ambas as partes, com método fixo e não aleatório, como fez a empresa, focada que estava tão somente na diminuição de seus custos operacionais, infringindo, inequivocamente, os princípios basilares de proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, e sujeitando o empregado tão somente ao livre arbítrio patronal, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual, com execrável transferência dos riscos da atividade econômica para o empregado. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 1370007020085010014, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/06/2014)

Destarte, pode-se definir a jornada de trabalho intermitente como a que é móvel, flexível e variável, atendendo às necessidades do empregador, com o contrato de trabalho intermitente.

O art. 611-A, inciso VIII da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, dispõe que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho tem prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre teletrabalho, sobreaviso e trabalho intermitente, além do referido dispositivo legal reconhecer o trabalho intermitente, permitindo assim, sua celebração.

É considerado como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com a alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinadas horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (art. 443, § 3º, da CLT, acrescido da lei 13.467/2017).

No contrato de trabalho intermitente, a prestação de serviços, embora advenha de forma subordinada ao empregador, que exerce o poder de direção, não é contínua, o que não se pode confundir com a eventualidade, que é um requisito da relação de emprego.

O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, contendo especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor da hora do salário mínimo, ou aquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não (art. 452-A da CLT, acrescido da lei 13.467/2017), em consonância com o princípio da isonomia (GARCIA, 133 a 140).

Como a jornada do trabalho intermitente nem sempre será completa, cabe frisar que, conforme a OJ 358 da SBDI-I do TST:

358. SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016
I - Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.
II - Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Assim, fica garantido ao empregado que seu salário nunca será inferior ao mínimo para os que recebem remuneração variável (art. 7º, inciso VII da Constituição Federal).

Segundo o art. 452-A, §§ 1º, 2º e 3º da CLT, acrescida pela lei 13.467/2017 o empregador deve convocar o trabalhador, por qualquer meio de comunicação, para prestação de serviços, informando qual será a jornada, com pelo menos três dias corridos de antecedência, e recebida a convocação, o empregado tem o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se o silêncio como recusa, não sendo exigido a justificativa da recusa, não sendo esta justificativa para afastar a subordinação do trabalho intermitente, não sendo passiva portanto, de infração disciplinar.

Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará a outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida permitida a compensação em igual prazo, nos moldes do art. 452-A, § 4º da CLT, acrescentado pela lei 13.467/2017.

Destarte, o período de inatividade não é considerado tempo à disposição do trabalhador, podendo este prestar serviços a outros contratantes, conforme art. 452-A, §5º, acrescido da Lei 13.467/2017.

No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade tem natureza de suspensão do contrato de trabalho, pois o trabalhador não presta serviços, não tendo direito a remuneração, e nem o tempo de serviço é computado.

Dispõe o art. 452-A, § 6º, que no fim de cada período trabalhado, o empregado deve receber de imediato o pagamento das seguintes parcelas:

- I - remuneração;
- II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III - décimo terceiro salário proporcional;
- IV - repouso semanal remunerado; e
- V - adicionais legais.

O recibo de pagamento deve conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas acima referidas, sendo vedado o pagamento compressivo, ou seja, um único valor englobando todos os direitos trabalhistas devidos ao empregado, conforme art. 452-A, § 7º da CLT, e a súmula 91 do TST.

O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações (452-A, 8º, acrescido da Lei 13.467/2017).

A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador (452-A, 8º, acrescido da Lei 13.467/2017).

Apesar do direito de gozar férias seja formalmente assegurado, o empregado, na prática, pode acabar por realizar outras atividades laborativas no período, inclusive em razão de necessidades financeiras, deixando assim, de descansar efetivamente.

3.4 FLEXIBILIZAÇÃO E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Em consideração ao que foi explorado no curso do presente trabalho, que restou demonstrado que evolução histórica que possibilitou a globalização e a conseguinte crise do Direito do Trabalho, notadamente no que tange a proteção do sujeito hipossuficiente que é o trabalhador, fato que inexoravelmente faz com que seja necessária a flexibilização e desregulamentação das normas trabalhistas, vale então verificar o conceito desses institutos e suas espécies.

Nesse contexto, Vólia Bomfim Cassar (2017, pág. 26), traz a tona a classificação de muitos economistas que distinguem três formas fundamentais de flexibilização:

- 1) Flexibilização funcional: que corresponde à capacidade da empresa de adaptar o seu pessoal para que assuma novas tarefas ou aplique novos métodos de produção;
- 2) Flexibilização salarial: que consiste na vinculação dos salários à produtividade e à demanda dos seus produtos;
- 3) Flexibilização numérica: que consiste na faculdade de adaptar o fator trabalho à demanda dos produtos de empresa.
Incluimos uma quarta modalidade:
- 4) Flexibilização necessária: consiste na flexibilização apenas em caso de necessidade de recuperação da saúde da empresa. Isto porque as demais flexibilizações correspondem ao aumento da lucratividade em prol dos direitos dos trabalhadores, enquanto a flexibilização necessária é a forma de manutenção dos empregos, algumas vezes reduzindo direitos mínimos do trabalhador.

Quanto aos agentes:

[...] o direito comparado tem dividido a flexibilização em três tipos: a) unilateral, quando imposta por autoridade pública ou pelo empregador (Chile, Panamá e Peru); b) negociada com o sindicato (Espanha e Itália); c) mista, isto é, pode ser unilateral ou negociada (Argentina) [...] (CASSAR, 2017, p. 36).

Outra classificação é a de Alice Monteiro (apud CASSAR, 2017, pág. 36 e 37) que divide a desregulamentação, que para ela é sinônimo de flexibilização, em “normativa” e “de novo tipo”. A primeira (normativa) equivale à flexibilização heterônoma, isto é, imposta unilateralmente pelo Estado. A segunda (“novo tipo”), que para ela é sinônimo de flexibilização autônoma, pressupõe a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais, com primazia da negociação coletiva.

Alguns autores defendem que o Brasil adotou a flexibilização negociada ou autônoma, sob o forte argumento de que a Carta apenas a autorizou em três hipóteses e sempre com a chancela sindical (art. 7, VI, XIII, XIV) (CASSAR, 2017, p. 37).

Mesmo antes da Reforma Trabalhista, a jurisprudência admitia a flexibilização:

HORAS EXTRAS. INTERVALO. INTAJORNADA.

A cláusula convencional que retira do empregado o direito de desfrutar do intervalo para descanso e alimentação é ineficaz em face da norma legal, de ordem pública, que obriga a concessão desse descanso. A constituição da República de 1988 admite a flexibilização do salário (art. 7, VI), e da jornada de trabalho (art. 7, XIV) garantida, por certo, a manifestação da categoria ou grupo profissional, por intermédio de assembleia devidamente convocada para esse fim. As normas que regulam as medidas referentes à medicina e segurança do trabalho escapam, porém, da esfera negocial conferida aos sindicatos. Essas disposições são de ordem pública, revestem-se de caráter imperativo para a proteção do hipossuficiente, motivo pelo qual são inderrogáveis pela vontade das partes. Compete ao legislador tutelar o trabalhador, impedindo-o de concordar com a redução desse descanso, em detrimento de sua própria segurança e saúde. A finalidade do intervalo intrajornada é proporcionar ao trabalhador oportunidade de se alimentar, de descansar e de repor suas energias. Sua manutenção é indispensável, na medida em que o trabalho realizado em jornadas prolongadas contribui para a fadiga física e psíquica, conduzindo à insegurança no ambiente de trabalho. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial n. 342 da SDI-1 do TST. TRT/MG – Processo n. 01873.2003.003.03.00.3 – Rel. Designado: Juíza Alice Monteiro de Barros. DJ/MG 26/4/2005.

Vólia Bomfim Cassar (2017, pág. 37), ainda traz uma classificação própria que acredita ser a adotada no Brasil:

[...] Defendemos que o Brasil adotou a flexibilização legal e a sindical ou negociada sindicalmente. A primeira (legal) ocorre quando a própria lei prevê as exceções ou autoriza, em certas hipóteses, a redução de direitos. A segunda (sindical ou negociada sindicalmente) acontece quando as normas coletivas autorizam a diminuição de direitos [...].

Dessa maneira, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, brilhantemente ao comentar a Reforma Trabalhista trazida à baila pela Lei 13.467/2017 (2017, pág. 227) aduz que:

[...] A flexibilização pode ser entendida como forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas sobre o Direito do Trabalho. A desregulamentação, por sua vez, é a supressão de determinadas normas jurídicas, principalmente estatais, pertinentes à regulação das relações de trabalho, passando os próprios interessados, como agentes sociais, a estabelecer a regra aplicável. Nesse sentido, observa-se a desregulamentação negociada do Direito do Trabalho [...].

Veja então que os dois conceitos andam juntos, ou seja, ao flexibilizar, reduzindo o peso normativo sobre os padrões, acaba-se por retirar da esfera do Estado o poder de normatizar as relações trabalhistas, ficando a critério das partes o poder de acordar como se darão as tratativas.

Vólia Bomfim Cassar (2017, pág. 40), também assevera a necessidade de se diferenciar desregulamentação de flexibilização:

[...] ressalte-se que a desregulamentação do Direito do Trabalho não se confunde com a flexibilização das regras trabalhistas, apesar de alguns autores não identificarem esta distinção.

A desregulamentação pressupõe a ausência do Estado (Estado mínimo), revogação de direitos impostos pela lei, retirada total da proteção legislativa, permitindo a livre manifestação de vontade, a autonomia privada para regular a relação de trabalho, seja de forma individual ou coletiva. A flexibilização pressupõe intervenção estatal, mais ou menos intensa, para proteção dos direitos do trabalhador, mesmo que apenas para garantia de direitos básicos. Na flexibilização um núcleo de normas de ordem pública permanece intangível, pois sem estas não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade, sendo fundamental a manutenção do Estado Social [...].

A esse propósito, Ricardo Resende (2016, pág. 03) traz sua distinção entre a flexibilização e a desregulamentação:

[...] Na flexibilização o Estado mantém a intervenção nas relações de trabalho, mesmo o estabelecimento do chamado mínimo existencial, mas autoriza, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que sejam também possível a manutenção da empresa e, afinal, dos empregados. É o que consagra, por exemplo, o preceito constitucional que garante a irredutibilidade salarial, mas ressalva a possibilidade de flexibilização, mediante negociação coletiva (art. 7º , VI, CRFB/88). A desregulamentação, por sua vez, pressupõe a completa retirada da intervenção estatal das relações trabalhistas, deixando que as partes estipulem livremente os contratos, conforme as leis de mercado [...].

Daí, nota-se que a Reforma Trabalhista não só aplicou a flexibilização como, em certos casos, promoveu a verdadeira desregulamentação.

Tal desregulamentação seria inconstitucional por violar certos direitos de indisponibilidade absoluta na visão de Ricardo Resende, citando o brilhante Maurício Godinho Delgado (2016, p. 03):

[...] Maurício Godinho Delgado ensina que, por imposição da ordem constitucional vigente, somente são passíveis de flexibilização os direitos de indisponibilidade relativa, assim considerados aqueles de caráter privado, não previstos constitucionalmente ou em lei (como, por exemplo, os estipulados em instrumento coletivo, regulamento de empresa ou contrato de trabalho). Para o autor, os direitos previstos na Constituição, nos princípios, leis, decretos e normas de segurança e saúde do trabalhador são direitos de indisponibilidade absoluta, pois garantem o chamado patamar civilizatório mínimo (ou mínimo existencial, ou garantia de existência digna) [...].

Tal situação ocorreu com a Reforma Trabalhista, conforme expõe Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 228):

[...] O art. 611-A da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, dispõe que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre as matérias exemplificativas arroladas em seus incisos. Os referidos instrumentos coletivos são negócios jurídicos dotados de eficácia normativa. Em consonância com o princípio da força obrigatória dos contratos, as pactuações civis e empresariais possuem força de lei. Não obstante, o art. 611-A da CLT vai além, ao prever que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre a lei nas hipóteses ali indicadas de forma exemplificativa. É possível dizer que a previsão em destaque pode gerar violação do princípio fundamental da legalidade, inerente ao Estado (Democrático) de Direito, quando a convenção coletiva e o acordo coletivo afrontarem normas legais imperativas, eliminando ou reduzindo direitos trabalhistas de ordem pública [...].

Mais a frente o autor aduz que há limites na negociação coletiva, notadamente, àqueles impostos pela própria Constituição Federal em proteção ao trabalhador:

[...] Logo, a obrigatoriedade dos negócios jurídicos não é ilimitada, pois deve observar as normas imperativas e as restrições decorrentes do sistema jurídico em seu todo (...) De maneira mais específica, segundo determinação constitucional, no Direito do Trabalho prevalece, em regra, a norma mais favorável ao empregado, como dispõe o art. 7º, caput, da Constituição da República, o qual, ao arrolar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, faz menção a outros que visem à melhoria de sua condição social (...) Nesse enfoque, segundo a interpretação constitucional, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando estabeleçam de forma mais favorável ao empregado[...] (GARCIA, 2017, pág. 230 a 232).

Outro exemplo trazido pela doutrina à flexibilização trazida pela Reforma Trabalhista no artigo 611-A, § 2º da CLT:

[...] Entretanto, cabe registrar que o art. 611-A, § 2º, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, dispõe que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico (...) Logo, apenas nas situações especificamente excepcionadas na Constituição da República (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV) é que se pode admitir a flexibilização in pejus, possibilitando a aplicação de regras menos benéficas ao trabalhador. Mesmo nesses casos, exige-se que a medida seja justificada e demonstrada a sua adequação à proteção, notadamente do emprego [...] (GARCIA, 2017, pág. 237).

Veja-se que a Reforma Trabalhista tem muitos pontos de flexibilização chegando a ter desregulamentação velada, fato que trará muitos questionamentos da doutrina e no âmbito dos tribunais.

Assim, a flexibilização do Direito do Trabalho pela Reforma Trabalhista não atingiu apenas a disposição legal, bem como a jurisprudência, conforme o exemplo da Súmula 437, item II do TST:

[...] 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), inofensa à negociação coletiva [...].

Ocorre que tal súmula ficou superada, pois conforme assegura a doutrina, a Reforma Trabalhista não só permite que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre intervalo intrajornada, nos termos do artigo 611-A, inciso III da CLT, bem como o artigo 611-B da CLT, que

por sua vez, atesta que as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, frutos de tal Reforma (GARCIA, 2017, p. 247 e 248).

Nesse sentido, ao trazer a classificação de flexibilização utilizada pelo mestre Maurício Godinho Delgado (apud CASSAR, 2017, pág. 37), Vólia Bomfim Cassar assevera:

[...] Mauricio Godinho, por exemplo, em visão restritiva à flexibilização ampla, entende que existem direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade (ou disponibilidade) relativa. Na visão do autor, apenas estes poderiam ser flexibilizados, enquanto aqueles não, pois fazem parte de um patamar mínimo civilizatório. Este é o limite para negociação coletiva, fundamento do princípio da adequação setorial negociada citada pelo autor [...].

Demonstrando que a própria jurisprudência dos tribunais toma a classificação de flexibilização utilizada por Maurício Godinho Delgado, Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 38), traz a tona a possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas, mesmo antes da Reforma Trabalhista:

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. FLEXIBILIZAÇÃO. DE DIREITOS DE INDISPONIBILIDADE RELATIVA. O princípio da adequação setorial negociada, que retrata o alcance da contraposição das normas coletivamente negociadas àquelas de cunho imperativo, emanadas do Estado, viabiliza que as normas autônomas construídas para incidirem no âmbito de certa comunidade econômico-profissional possam prevalecer sobre aqueles de origem heterônoma, desde que transacionem parcelas de indisponibilidade apenas relativa, como *e.g.*, as concernentes à manutenção da hora noturna em 60 minutos, vez que não caracteriza alteração em patamar prejudicial à saúde do trabalhador e desde que não traduza simples renúncia, mas transação de direitos. TRT/MG – Processo n. 01512.2001.018.03.00.4 – Rel. Designado: Juiz Julio Bernardo do Campo. *DJMG* 07/6/2002.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO. Previsão da hora corrida em acordos coletivos. A Constituição Federal de 1988 conferiu maiores poderes aos sindicatos, de modo que essas entidades podem, no interesse de seus associados e mediante negociação coletiva, restringir certos direitos assegurados aos trabalhadores a fim de obter outras vantagens não previstas em lei. Não obstante, tal flexibilização não autoriza a negociação coletiva que atente contra as normas referentes à segurança e a saúde no trabalho. De fato, o estabelecimento do intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso dentro da jornada de trabalho é fruto da observação e análise de comportamento humano, e das reações de seu organismo quando exposto a várias horas de trabalho. Doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da necessidade desse intervalo mínimo para que o

trabalhador possa não apenas ingerir alimentos, mas também digeri-los de forma adequada, a fim de evitar o estresse dos órgãos que compõem o sistema digestivo, e possibilitar o maior aproveitamento dos nutrientes pelo organismo, diminuindo também a fadiga decorrente de horas de trabalho. Se de um lado a Constituição Federal prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direito de trabalhadores urbanos e rurais (art. 7, XXVI, da Constituição Federal), de outro estabelece ser a saúde um direito social a ser resguardado (art. 6 da Carta Política). Recurso de Revista não conhecido. TST, 5 T, RR 619.959.99.7, Rel. Rider Nogueira de Brito, *DJU* 14/03/2003.

De acordo com CASSAR (2017, p. 38), a sumula 449 do TST traz limitação a flexibilização por norma coletiva, considerando nula cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que estica o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras.

Para a autora, há ministros do Tribunal Superior do Trabalho entendendo no sentido de aceitar a flexibilização de qualquer direito, argumentam que se o constituinte autorizou o mais, isto é, se a Constituição autorizou a redução do maior de todos os direitos (salário), mediante convenção ou acordo coletivo, logo, o menos também é permitido. Neste sentido, tudo que não seja o próprio salário-base do empregado é menos (CASSAR, 2017, p. 38).

Vólia Bomfim Cassar (2017, pág. 39) traz à tona jurisprudência que, embora admita a corrente acima, exige como requisito mínimo para validade do ajuste, concessões recíprocas. De acordo com ela é a chamada Teoria da Conglobalização dos Pactos Coletivos:

INDENIZAÇÃO DO ART. 71, § 4, DA CLT. CONVENÇÃO COLETIVA. LIMITES. É salutar que os sindicatos assumam a responsabilidade pela representação de classe que lhes foi conferida pela Constituição Federal de 1988 no inciso III do art. 8. Conquistada a representação irrestrita da categoria, é certo que os sindicatos que representam os trabalhadores devem exercê-la com maior consciência e zelo, em especial ao negociarem os acordos coletivos com o sindicato patronal. Convencionado entre as partes intervalo intrajornada de 15 minutos e comprovado nos autos que o autor usufruía de tal intervalo, não há que se falar em indenização prevista no § 4 do art. 71 da CLT. TRT/DF – Processo n. 00191.2002.011.10.00.9 – Rel. Designado: Juíza Elaine Machado Vasconcelos. *DJ/DF* 22/11/2002.

REAJUSTE SALARIAL DIFERENCIADO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSAO A FUNÇÃO GRATIFICADA INCORPORADA. Decorrem as negociações coletivas de concessões recíprocas, em que observada a autonomia das partes convenientes, sedimentada na Carta Magna, as quais podem abrir mão, inclusive, de uma vantagem, em prol de condições que lhe tragam maiores benefícios. Tal flexibilização, ajustada, patenteia-se a exemplificar, nas disposições do art. 7, incisos VI, XIII, e XIV da Constituição Federal. Há pois, que prevalecer a acordo coletivo de trabalho, que determina índices de reajuste diferenciados para as diferentes rubricas salariais, estabelecendo que o reajuste de 25% tem pertinência, tão somente, à tabela de empregos

permanentes da reclamada – EP, não se estendendo à gratificação de função incorporada. TRT/DF – Processo n. 00704.2004.011.10.00.3 – Rel. Designado: Juiz Alexandre Nery de Oliveira. *DF/DF* 14/01/2005.

Portanto, a Reforma Trabalhista flexibilizou a lei, diversas situações fáticas que decorrem da própria lógica das relações e inclusive dogmas constitucionais, ao arrepio dos princípios da vedação do retrocesso e do mínimo existencial, flexibilização que já vem ocorrendo à longa data no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho nasceu como uma reação ao mundo explorador, tanto capitalista, quanto industrialista, numa era em que o homem passava de ser apenas uma engrenagem da máquina para ser um sujeito possuidor de direitos e garantias.

Isso de repente, pois custou a vida e o sofrimento de homens, mulheres e crianças que com sangue banharam a bandeira dos direitos trabalhistas.

Ao logo dos últimos séculos, sobretudo, a partir das Constituições do México de 1917, de Weimar na Alemanha em 1919 e do Brasil em 1932, as Cartas Políticas passaram a introduzir os Direitos Sociais e, dentre estes, sobretudo os Direitos Fundamentais e Sociais do Trabalhador.

Não sendo diferente, a Constituição Federal de 1988, seguindo a evolução da proteção ao trabalhador, consagrou nos artigos 7º, 8º e 9º, sobretudo, diversos direitos individuais e coletivos de proteção ao trabalhador, tanto em momentos de efetiva atuação laboral, como em momento de descanso, aposentadorias, greve, licenças, filiação sindical, negociações coletivas, dentre outros, formando um carta mínima dentro de um rol exemplificativo.

Regendo esses direitos sociais e, por conseguinte os trabalhistas, marcham lado a lado os princípios do mínimo existencial e o princípio da vedação ao retrocesso, sendo este último, inclusive, um limitador a atuação do legislador constituinte originário, dado que, mesmo em uma eventual nova constituição, não se poderia retornar ao *status quo* ante com menor proteção em relação às garantias já implementadas a vida do cidadão.

No entanto, militando contra o mínimo existencial e a vedação do retrocesso, eis que caminha a reserva do possível, sobretudo em tempos de crise, já que o Estado, ente que deve efetivar os direitos sociais, encontra-se muitas vezes atado diante da realidade fática, jurídica e razoável no que tange a disponibilidade de orçamento para gerir tais direitos.

Somando-se a isso, desde a metade do Século XX, com o fim da segunda-guerra mundial, desdobramentos da guerra-fria, queda da ex-União Soviética, verifica-se um fenômeno de globalização, acentuado pelo desenvolvimento tecnológico, pela necessidade de novos mercados produtores, consumidores e com isso, produção e massa, dentre outros aspectos.

Paralelamente aos benefícios advindos com a globalização, a exemplo do acesso as informações e a facilidade nas comunicações, foram e é inevitável a globalização dos problemas, passando as crises a terem consequências globais.

Assim, para combater as crises econômicas em escalas mundiais, surgiu a ideia que alguns chamam de necessidade de flexibilizar normas protetivas ao trabalho e ao trabalhador, a pretexto de salvar empresas, cujos fundamentos levam, em certos casos, os fenômenos ainda mais graves: a desregulamentação.

Em suma, tanto a flexibilização, quanto a desregulamentação significam um Estado minimamente intervencionista em assuntos do mercado de trabalho, deixando a mercê das partes, tais contratos e negociações.

Enquanto a flexibilização significa suavização das normas trabalhistas, a desregulamentação implica em total abstenção do Estado nesse campo, podendo gerar situações que beiram a exploração ocorrida no auge da Revolução Industrial.

Assim, o Brasil não é uma exceção à essa regra e vem promovendo através do seu legislador pontuais ações de flexibilização, culminando em 2017 com a Lei 13.467 que alterou diversos dispositivos da CLT, promovendo maior espaço para os direitos trabalhistas sejam negociados pelas partes.

Tal fato acentua as desigualdades e demonstram um retrocesso na realização das metas e objetivos traçados, tanto pelos organismos internacionais, quanto pela própria Constituição da República, uma vez que visa melhorar as condições do trabalho, a efetivação de garantias trabalhistas, dando dignidade àquele que move o mundo: o trabalhador.

A flexibilização, a exemplo da Reforma Trabalhista no Brasil mostra um dado nefasto, pois a pretexto de ser incluir pessoas no mercado de trabalho, diminuindo as taxas de desemprego, justamente diminuem direitos que sequer foram implementados.

Surgem diversos argumentos, sobretudo ancorados no efeito irradiante das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais no sentido da inconstitucionalidade dessa flexibilização, somada ainda a violação a teoria dos limites de relativização de direitos, pois não se pode relativizar direitos fundamentais ao ponto de torna-lo sem sentido, conforme ocorre na Reforma Trabalhista, que deixar muitos das regras à mercê da negociação, sem considerar que não há paridade de armas, já que o empregador tem maior poderio econômico em relação ao empregado.

Também corrobora com esse pensamento a análise quanto a rapidez da reforma, sem quaisquer aprofundamentos em debates com a sociedade, fato que retirar a legitimidade democrática da Lei 13.467/2017, a qual carece de legitimidade formal e material.

Assim, há que se duvidar se se trata de reforma ou “demolição” de direitos, ou um anti-direito que é apregoado com a Reforma Trabalhista, a qual poderá aprofundar a crise econômica, pois, ao retirar o poder aquisitivo do trabalhador, reduz o mercado de procura e desacelera a economia.

Com a reforma, o Estado enfraquece seu papel de regulador, possibilitando o desequilíbrio nas relações, com prejuízo para a parte vulnerável, causando ainda inúmeras possibilidades de insegurança jurídica.

Portanto, a flexibilização é até necessária e aceitável, desde que à luz dos princípios constitucionais, sobretudo da norma mais favorável ao trabalhador, bem como não pode, quem quer que seja, particular, poder público, legislador, abusar, inclusive do direito de legislar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAMATRA. **Enunciados aprovados pelo anamatra**. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**: De acordo com a Reforma Trabalhista e a MP 808/2017. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1325 p.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**: Análise crítica da Lei 13.467/2017. 2 ed. Salvador: Juspodvm, 2017. 396 p.

ILO.ORG. **Constituição da organização internacional do trabalho**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2018.

JÚNIOR, José Cairo. **Curso de direito do trabalho**: Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 14 ed. Salvador: Juspodvm, 2018. 1416 p.

JUSBRASIL. **Tribunal regional do trabalho da 10ª região trt-10 - recurso ordinario : ro 272200700410005 df 00272-2007-004-10-00-5**. Disponível em: <<https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8765923/recurso-ordinario-ro-272200700410005-df-00272-2007-004-10-00-5>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

JUSBRASIL. **Tribunal superior do trabalho tst - recurso de revista : rr 1212006820065090654 121200-68.2006.5.09.0654 - inteiro teor**. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19269563/recurso-de-revista-rr-1212006820065090654-121200-6820065090654/inteiro-teor-104293233>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

MEISSA, Élisson. **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: Juspodium, 2017.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2017.

PLANALTO. **Código de processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 mai. 2018.

PLANALTO. **Código tributário nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 08 mai. 2018.

PLANALTO. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 mai. 2018.

PLANALTO. **Constituição Federal**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

PLANALTO. **Lei do trabalho doméstico**. Disponível em:
<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

PLANALTO. **Lei dos portos**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm>. Acesso em: 16 mai. 2018.

PLANALTO. **Reforma trabalhista**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 15 mai. 2018.

SÚMULAS. **STF**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumariosumulas.asp?sumula=1570>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SÚMULAS. **TRT 1**. Disponível em:
<http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=39522e36-5eef-4704-8f2c-4536656bedea&groupid=10157>. Acesso em: 16 mai. 2018.

TRT 6. **Súmulas**. Disponível em:
<<http://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/sumulas-trt6>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

TST.JUS. **Orientações jurisprudenciais**. Disponível em:
<http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=/journal/view_article&_15_groupid=10157&_15_articleid=63203&_15_version=1.2>. Acesso em: 08 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_101_150.html#sum-114>. Acesso em: 10 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_201_250.ht

ml#sum-212>. Acesso em: 14 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_301_350.html#sum-308>. Acesso em: 15 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_301_350.html#sum-320>. Acesso em: 31 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_351_400.html#sum-360>. Acesso em: 06 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_351_400.html#sum-362>. Acesso em: 13 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_351_400.html#sum-382>. Acesso em: 26 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_401_450.html#sum-449>. Acesso em: 16 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_51_100.html#sum-60>. Acesso em: 06 mai. 2018.

TST.JUS. **Súmulas do TST**. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas_com_indice/sumulas_ind_51_100.html#sum-90>. Acesso em: 19 mai. 2018.