



**Assembleia Legislativa
do Estado do Ceará**

**REFORMA TRABALHISTA E A
FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS
DE DIREITO DO TRABALHO**

(Lei nº 13.467/2017)

Alberto Fernandes de Farias Neto
(Autor)

**REFORMA TRABALHISTA E A
FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE
DIREITO DO TRABALHO**

(Lei nº 13.467/2017)

INESP

Fortaleza - Ceará
2019

Copyright © 2019 by INESP

Coordenação Editorial

João Milton Cunha de Miranda

Assistente Editorial

Rchel Garcia e Valquiria Moreira

Diagramação

Mario Giffoni

Capa

Sérgio Melo

Revisão

Lucia Jacó e Vânia Soares

Coordenação de impressão

Ernandes do Carmo

Impressão e Acabamento

Inesp

Edição Institucional da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará
VENDA E PROMOÇÃO PESSOAL PROIBIDAS

Catalogado na Fonte por: Daniele Sousa do Nascimento CRB-3/1023

F224r Farias Neto, Alberto Fernandes de.

Reforma trabalhista e a flexibilização das normas de direito do trabalho: (Lei nº 13.467/2017) / Alberto Fernandes de Farias Neto.
-- Fortaleza: INESP, 2019.

224p. ; 21 cm.

ISBN: 978-85-7973-144-0

1. Direito do trabalho, Brasil. I. Ceará. Assembléia Legislativa. Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o desenvolvimento do Estado.

II. Título.

CDD 341.6

Permitida a divulgação dos textos contidos neste livro, desde que citados autores e fontes.

Inesp

Av. Desembargador Moreira, 2807

Ed. Senador César Cals de Oliveira, 1º andar

Dionísio Torres

CEP 60170-900 – Fortaleza - CE - Brasil

Tel: (85)3277.3701 – Fax (85)3277.3707

al.ce.gov.br/inesp

inesp@al.ce.gov.br

APRESENTAÇÃO

São quase 14 milhões de desempregados em um país avaliado entre os piores para se trabalhar. Um quadro de precarização que nos força a buscar meios urgentes de converter os prejuízos, minimizar os diversos impactos negativos e fomentar constantes e amplos debates com a sociedade civil organizada em torno das novas questões, exigindo o respeito à Constituição.

As preocupações sobre a relação entre o capital e o trabalho, a flexibilização das regras da jornada trabalhista, o barateamento das rescisões de contrato e as novas modalidades contratuais são compartilhadas entre as entidades sindicais, os operadores do direito trabalhista, outros estudiosos do tema e os parlamentares desta Casa Legislativa.

Então, a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, por meio do Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará (Inesp), oferta à sociedade cearense este importante trabalho referente à vida de empregados e empregadores e visa a colaborar com o debate sobre o futuro dos trabalhadores no Brasil.

Deputado José Sarto

Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

PREFÁCIO

O autor de *Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017)* e *a flexibilização das normas de Direito do Trabalho*, Alberto Fernandes de Farias Neto, advogado militante e atuante no magistério superior, na área do Direito do Trabalho, produziu um tutorial comentado que permite ao trabalhador o reconhecimento dos instrumentos que foram frutos de desregulamentação, ou que apresentam redução de direitos.

O livro, dividido em três partes, analisa as mudanças que dizem respeito à jornada, à remuneração, às novas modalidades de contrato, à terceirização, aos procedimentos rescisórios, entre outros. Leva-nos, também, a uma reflexão sobre as mudanças que estabelecem uma primazia do negociado frente ao legislado e, ainda, as decisões dos Tribunais sobre o direito individual do trabalhador.

A Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, por meio do Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o Desenvolvimento do Estado do Ceará (Inesp), oferta à sociedade cearense esta publicação, cujo objetivo é refletir sobre as alterações e as flexibilizações na legislação trabalhista que rege parâmetros individuais e coletivos.

João Milton Cunha de Miranda

Presidente do Instituto de Estudos e Pesquisas sobre o
Desenvolvimento do Estado do Ceará

PRÓLOGO

Nosso país vive hoje um agressivo processo de aprofundamento da agenda neoliberal, que transfere para os mais pobres o preço da crise internacional do capital. A reforma trabalhista, o maior ataque aos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras brasileiras dos últimos 80 anos, se insere nesse contexto de contrarreformas, que se voltam contra os direitos trabalhistas, dos servidores públicos, civis e militares, e, principalmente, das novas gerações de trabalhadores.

Os 13 milhões de desempregados e os quatro milhões de desalentados que circulam pelo país não se encontram nessa situação por conta da legislação e dos direitos trabalhistas. Pelo contrário. Esse grande contingente de brasileiros e brasileiras se encontra à margem do mundo do trabalho por conta da crise econômica, que a agenda econômica do (des)governo Bolsonaro e seus fundamentos neoliberais tratam de aprofundar, colocando o Brasil na condição de refém dos interesses do grande mercado financeiro. Somente em 2018, o Brasil carregou mais de R\$ 1 trilhão para o sistema financeiro, dinheiro que poderia estar sendo destinado para a educação, estradas, saneamento, para o setor produtivo.

Assim, o discurso segundo o qual a reforma trabalhista iria gerar empregos sempre se mostrou uma grande mentira. E este livro do professor Alberto Fernandes de Farias Neto ajuda a compreender as inverdades e os interesses escusos que se escondiam por trás dessa fraude, que é, na verdade, mais um duro golpe contra os trabalhadores e trabalhadoras, forjado através de uma massiva campanha midiática.

Entre outras coisas, o livro mostra como a lei nº 13.467/2017, desde sua tramitação, sempre teve como objetivo privilegiar o lado do capital, em detrimento do valor do trabalho, que também é fundamento da nossa República (art. 1º, IV, C.F) e da ordem econômica (art. 170, caput, C.F). Nunca houve, portanto, projeto de "modernização" das relações de trabalho, mas tão somente um sanha de desregulamentação e flexibilização de regras atinentes à jornada de trabalho, às rescisões contratuais e à atuação das entidades sindicais.

Alberto Fernandes de Farias Neto é formado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Ambiental, foi secretário geral da OAB-CE e delegado regional do trabalho no Estado. Em sua trajetória, sempre estiveram presentes a defesa dos direitos trabalhistas e a busca pela justiça social.

“O resultado imediato da implementação da reforma foi a diminuição drástica do número de reclamações protocoladas no âmbito de todo o Judiciário Trabalhista”, explica o professor, que destaca que essa redução do número de ações não decorre da diminuição da litigiosidade intrínseca às relações de trabalho. “Também não deriva da redução do número de desempregados, que continua no patamar de 12% (doze por cento) da população economicamente ativa”.

Essa redução, e concordamos com ele, decorre da erosão verificada no arcabouço de direitos consolidados historicamente, aliada à imposição do pagamento de custas e despesas processuais aos trabalhadores sucumbentes em processos trabalhistas, num flagrante desrespeito à sua condição de hipossuficiência econômica.

Todos esses aspectos aumentam a taxa de espoliação dos trabalhadores e, conseqüentemente, a rentabilidade do setor financeiro. Esse é o verdadeiro objetivo dessa nefasta reforma. Os milhões de desempregados do Brasil não são reféns da CLT, são reféns do mercado financeiro.

Deputado Renato Roseno

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho
CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
CONAMAT – Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho
CPC – Código de Processo Civil
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social
DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho
DJ – Diário da Justiça
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
MP – Medida Provisória
NR – Norma Regulamentadora
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OJ – Orientação Jurisprudencial
PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador
PL – Projeto de Lei
RE – Recurso Extraordinário
RGPS – Regime Geral da Previdência Social
SDC – Seção de Dissídios Coletivos
SDI-1 – Seção de Dissídio Individual
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
SEÇÃO I - ALTERAÇÕES EM DIREITO INDIVIDUAL	19
CAPÍTULO I - A LEI Nº 13.467/2017 E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL .21	
1.1 Antecedentes da flexibilização	21
1.2 Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) – Aprofundando a flexibilização no Brasil	26
1.3 Registro de ponto por exceção (Lei nº 13.874/2019)	29
CAPÍTULO II - FLEXIBILIZANDO O CONCEITO DE TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR	31
2.1 Extinção das horas in itinere	34
CAPÍTULO III - FLEXIBILIZANDO A JORNADA DE TRABALHO	38
3.1 Compensação de Jornada e Banco de Horas	39
3.2 Jornada 12x36	41
3.3 Intervalo Intra jornada.....	42
3.4 Registro de ponto por exceção (modalidade de registro de jornada instituído pela Lei nº 13.874/2019)	43
CAPÍTULO IV - TRABALHO A TEMPO PARCIAL	47
CAPÍTULO V - GRUPO ECONÔMICO E SÓCIO RETIRANTE	50
5.1 Grupo econômico	50
5.2 Sócio retirante	56
CAPÍTULO VI - FLEXIBILIZANDO O CONTRATO DE TRABALHO	59
6.1 Contrato intermitente.....	59
6.2 Trabalho Autônomo	67

CAPÍTULO VII - TELETRABALHO – NOVA MODALIDADE DE TRABALHO A DISTÂNCIA	72
CAPÍTULO VIII - EXCLUSÃO DA NATUREZA SALARIAL DE PARCELAS CONTRATUAIS TRABALHISTAS	77
CAPÍTULO IX - DIFICULTANDO O RECONHECIMENTO DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL	83
CAPÍTULO X - RESTRIÇÕES À INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL.....	88
CAPÍTULO XI - FLEXIBILIZANDO AS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO	95
11.1 Mulher e atividade insalubre	95
11.2 Prorrogação da jornada nas atividades insalubres, sem licença prévia, na jornada de 12x36	98
11.3 Fracionamento das férias em até três períodos	99
CAPÍTULO XII - AMPLIANDO AS HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO	100
12.1 Definição	100
12.2 Direitos dos trabalhadores terceirizados.....	105
12.3 Quarentena.....	107
12.4 Da responsabilidade pelas obrigações trabalhistas.....	108
12.5 Da derrogação parcial da Súmula 331, do TST.....	108
CAPÍTULO XIII - ELIMINANDO PROCEDIMENTOS RESCISÓRIOS	111
CAPÍTULO XIV - FLEXIBILIZANDO PROCEDIMENTOS E DIREITOS RESCISÓRIOS.....	115
14.1 Equiparação da dispensa coletiva à dispensa individual.....	115
14.2 Plano de Demissão Voluntária.....	117
14.3 Extinção por acordo	118
14.4 Quitação anual de direitos.....	119

CAPÍTULO XV - PRESCRIÇÃO	121
SEÇÃO II - ALTERAÇÕES EM DIREITO COLETIVO.....	127
CAPÍTULO I - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	129
CAPÍTULO II - PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO.....	133
CAPÍTULO III - NORMAS INFENSAS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA	139
CAPÍTULO IV - VEDAÇÃO À ULTRATIVIDADE.....	144
4.1 Princípio da Especificidade	147
CAPÍTULO V - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL	148
SEÇÃO III - JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA	157
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO II	159
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO III.....	162
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO IV	167
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO V	170
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO VI.....	179
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO VII	184
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO VIII	187
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO IX.....	193
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO X	196
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO XI	199
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO XII	202
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULOS XIII e XIV	207
JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO XV	212
CONCLUSÃO.....	215
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	217

INTRODUÇÃO

Este livro surgiu de uma dupla necessidade: a primeira, de ordem prática, decorrente da militância na advocacia, de se compilar as múltiplas alterações na legislação trabalhista impostas pela **Lei nº 13.467/2017**, denominada de reforma trabalhista, nas áreas do direito individual e direito coletivo do trabalho; a segunda, de ordem teórica, de se denunciar as profundas mudanças na ordem justralhista que, a pretexto de criar milhões de empregos e modernizar as relações de trabalho, tem, em verdade, promovido a precarização das condições de trabalho e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho no nosso país.

A obra pretende ser um guia ou manual capaz de levar o operador do direito a identificar, de maneira crítica, os dispositivos legais que foram objeto de flexibilização ou desregulamentação. Para tanto, foram destacados em negrito os trechos dos dispositivos legais alterados, bem como os artigos, parágrafos ou alíneas acrescentados ao texto da CLT. Em seguida, é apresentado um breve comentário ao texto alterado, demonstrando os aspectos que representam uma redução de direitos para os obreiros, se comparados com o texto anterior à respectiva alteração.

Especial destaque foi dado aos Enunciados da *2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*, realizada em 2017, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), que reuniu mais de 600 (seiscentos) juízes, procuradores e auditores fiscais do trabalho, e às teses aprovadas no *19º Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho (CONAMAT)*, que ocorreu em 2018, em Belo Horizonte. Por meio da análise desses enunciados e dessas teses, observa-se que os Juízes do Trabalho podem desempenhar um papel fundamental nesse momento histórico, ao recusar uma interpretação e aplicação dos novos dispositivos constantes da Lei nº 13.647/2017 que afrontem os preceitos constitucionais que proclamam a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, incisos III e IV, C.F), e a valorização do trabalho humano, e não apenas da livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput, C.F).

Outrossim, ao final de cada capítulo são mencionadas as Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal que, direta ou indiretamente, foram impactadas pelo texto da **Lei nº 13.467/2017**.

Este livro está dividido em três partes. A primeira parte, constituída de quinze capítulos, analisa as mudanças ocorridas no âmbito direito individual do trabalho, relativas à jornada de trabalho, remuneração e salário, novas modalidades de contrato de trabalho, terceirização, procedimentos rescisórios, entre outros temas relevantes. A segunda parte, constituída de seis capítulos, enfrenta as alterações ocorridas no âmbito do direito coletivo do trabalho, sobressaindo-se a questão da prevalência do negociado sobre o legislado, um dos temas mais polêmicos da reforma trabalhista.

Na terceira parte, apresentamos decisões de Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, relativas ao direito individual do trabalho, muitas delas já fundamentadas na nova legislação, indicando, pela divergência de interpretações e opiniões, o longo caminho que será percorrido até a sedimentação jurisprudencial, quanto aos diversos temas objeto da reforma trabalhista.

Optamos, neste trabalho, por não adentrar na análise dos dispositivos do direito processual do trabalho, os quais também sofreram alterações. Pretendemos enfrentar essa matéria em outro momento, inclusive para que se aguarde a manifestação do STF a respeito de temas cruciais que aguardam o seu pronunciamento, valendo mencionar a questão da gratuidade da Justiça, no âmbito do processo do trabalho.

Procuramos, com este livro, fruto de mais de trinta anos de militância na advocacia trabalhista e de vinte e cinco anos no magistério superior, na área do Direito do Trabalho, colaborar com o debate de temas tão candentes e decisivos para o futuro do trabalho e da classe trabalhadora no nosso país.

SEÇÃO I

ALTERAÇÕES EM DIREITO INDIVIDUAL

CAPÍTULO I

A LEI Nº 13.467/2017 E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

1.1 Antecedentes da flexibilização

A flexibilização das normas de Direito do Trabalho ou flexibilização das condições de trabalho, como prefere Martins (2009)¹, se insere no contexto mais amplo do fenômeno da globalização que, por sua vez, abarca aspectos econômicos, sociais, políticos e ambientais.

Discute-se sobre a capacidade do Estado de estabelecer políticas públicas para atenuar os efeitos deletérios da globalização, sobretudo em relação às populações marginalizadas ou excluídas pela lógica do capitalismo concentrador de renda. Questiona-se, também, a sobrevivência da rede protecionista dos direitos sociais, nesses incluídos os direitos trabalhistas, fruto de décadas de lutas e resistência dos trabalhadores.

Comentando a respeito dos reflexos do fenômeno da globalização sobre o Direito do Trabalho, Goldschmidt (2009, p. 121-122) assevera:

Na esteira dos reflexos acima apontados, também o Direito do Trabalho recebe as influências do discurso neoliberal e globalizante. Arnaud, no ponto, adverte 'a globalização ameaça recolocar em questão, de uma forma bastante radical, a regulação jurídica do tipo clássico'. Essa revisão que a globalização impõe como imperativo categórico atende, exatamente, pelo nome de flexibilização.

¹ "Não se trata de flexibilização do Direito do Trabalho, mas de condições de trabalho, de regras que serão observadas em relação ao pacto laboral. O objetivo do Direito do Trabalho não é ser flexível, mas melhorar as condições do trabalhador. Logo, não se pode falar em flexibilidade do Direito do Trabalho".

Nesse viés – o dos reflexos da globalização neoliberal sobre os direitos sociais – o ideário neoliberal difunde um 'discurso de crise' do Direito do Trabalho, que culmina com a conclusão de que o intervencionismo estatal de proteção do trabalhador atrapalha a nova onda econômica, suprimindo o investimento e, por isso, causando a derrocada do emprego".

Sob o ponto de vista estritamente conceitual, a flexibilização não necessariamente implica na desregulamentação das relações de trabalho, por meio da crescente ausência no Estado no âmbito dessas relações, podendo também significar a adaptação das normas de direito do trabalho a uma dada conjuntura econômica e social de crise. Nesse sentido, ela traduz a ideia de uma situação temporária, em que os sujeitos da relação de trabalho negociam concessões recíprocas, cada um cedendo para se alcançar um objetivo comum, que é a superação da crise, o que caracteriza uma verdadeira transação. Por outro lado, a desregulamentação impõe uma renúncia forçada a direitos consagrados historicamente.

Martins (2009, p.14) faz a distinção entre as duas figuras:

Não se confunde flexibilização com desregulamentação. Desregulamentação significa desprover de normas heterônomas as relações de trabalho. Na desregulamentação, o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva. Na desregulamentação, a lei simplesmente deixa de existir, pois é retirada a proteção do Estado em relação ao trabalhador. Na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária.

O mesmo autor faz a distinção entre flexibilização e precarização, afirmando que nessa:

Há o trabalho incerto, instável e indefinido, a regulamentação insuficiente do trabalho, ou não existe qualquer regulamentação, ficando o trabalhador marginalizado. Na flexibilização deve haver a manutenção de um nível mínimo de legislação, com garantias básicas ao trabalhador e o restante seria estabelecido mediante negociação coletiva (MARTINS, 2009, p.15).

Percebe-se que o autor, antes citado, ao afirmar que, na precarização a regulamentação é insuficiente ou inexistente, aproxima os conceitos de desregulamentação e precarização.

Assim, podemos falar em flexibilização no sentido de adaptação de normas de direito do trabalho a uma dada conjuntura econômica e social, ou atenuação temporária de certas normas de ordem pública, ou, ainda, em flexibilização no sentido de desregulamentação ou precarização das condições de trabalho, por intermédio da eliminação permanente de direitos assegurados historicamente aos trabalhadores.

Goldschmidt (2009, p.130) adota a classificação de flexibilização proposta por Oscar Ermida Uriarte: "no que diz respeito à finalidade da flexibilização, esta pode ser de proteção, de adaptação e de desregulamentação".

Adotando-se a mencionada classificação, pode-se afirmar que a Constituição Federal adotou as duas primeiras modalidades – *de proteção e de adaptação* – rechaçando a desregulamentação. De fato, a análise do *caput* do artigo 7º e seus parágrafos afasta qualquer dúvida quanto a essa afirmação. O *caput*, ao fazer referência a outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, deixa claro que os direitos contidos nos seus incisos são exemplificativos, e não taxativos, pois direitos outros, oriundos de normas heterônomas (inclusive tratados internacionais) ou autônomas, compõem o que os

autores denominam de patamar civilizatório mínimo, capaz de assegurar a dignidade humana do trabalhador.

Por sua vez, os incisos VI, XIII e XIV, do artigo 7º, revelam que o Constituinte optou pela flexibilização de adaptação, eis que, por meio de negociação coletiva, é possível adaptar normas de ordem pública a uma dada conjuntura econômica, de tal forma a permitir que as empresas possam superar eventuais crises. Contudo, a flexibilização autorizada pelo texto constitucional requer a presença das entidades sindicais de trabalhadores, o que se convencionou chamar de flexibilização sob tutela sindical. E, mesmo assim, no âmbito da negociação coletiva, as entidades sindicais não detêm poderes ilimitados, ao ponto de poderem transigir em relação aos direitos que compõem aquele patamar civilizatório, salvo as exceções expressamente contidas no próprio texto constitucional.

Ainda segundo a classificação de Uriarte, quanto à fonte do direito, a flexibilização pode ser heterônoma ou autônoma:

A primeira, é imposta unilateralmente pelo Estado, seja por meio de lei, medida provisória ou decreto, suprimindo direito trabalhista ou substituindo por outro inferior. A segunda, decorre da negociação coletiva, quando resulta em prejuízo aos trabalhadores, derogando ou precarizando direitos legais e contratuais conquistados (GOLDSCHMIDT, 2009, p.130-131).

No Brasil, apesar da clara diretriz constitucional, supra referida, a flexibilização sempre teve o viés de tentar destruir ou ameaçar a rede protecionista dos direitos trabalhistas básicos, estampados no artigo 7º, da Constituição Federal, bem como em outras normas de ordem pública, contidas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, ou mesmo no texto da CLT.

Como exemplos podemos citar, antes da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), as seguintes normas legais, que caracterizam a flexibilização heterônoma:

a) *A Lei nº 6.019/1974*, que instituiu o trabalho temporário no Brasil, origem da terceirização no nosso país. Como veremos

adiante, essa lei foi profundamente alterada pelas Leis nº 13.429/2017 (Terceirização) e nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), escancarando a possibilidade de terceirização, inclusive nas atividades-fim das empresas tomadoras de serviços.

- b) A *Súmula 331*, do TST, que ampliou as hipóteses de terceirização, para além do trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/74, prevendo a terceirização da atividade-meio do tomador de serviços (neste caso, pode-se falar em flexibilização heterônoma, eis que decorrente de atividade jurisdicional, embora atípica).
- c) Lei nº 9.601/98, que criou uma nova modalidade de contrato de trabalho por prazo determinado, estabelecendo, dentre outras medidas precarizantes, a redução da alíquota do FGTS de 8% (oito por cento) para, apenas, 2% (dois por cento).
- d) O art. 58-A, da CLT, incluído pela MP 2.164-41/2001, que introduziu o trabalho a tempo parcial no Brasil, prevendo o pagamento de salário proporcional à jornada de trabalho. Como veremos nos comentários à Lei nº 13.467/2017, esse dispositivo também foi alterado para pior, facultando-se a prorrogação de jornada e a compensação de horário nessa modalidade de jornada.
- e) A inclusão do § 2º ao art. 458, da CLT, que retirou a natureza salarial de diversas utilidades fornecidas pelo empregador ao empregado, a título contraprestativo, tais como, educação, transporte, assistência médica, hospitalar e odontológica, seguro de vida e previdência privada.

Do mesmo modo, diversas foram as tentativas, após a Constituição de 1988, no sentido de fazer prevalecer o negociado sobre o legislado, com o objetivo de burlar o disposto no artigo 7º da Carta Política, valendo destacar a iniciativa legislativa do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que, por meio do PL 5483/2001, propunha alterar a redação do art. 618, da CLT, no sentido de permitir que qualquer direito trabalhista pudesse ser objeto de negociação coletiva, salvo as normas de segurança e saúde do trabalhador.

Percebe-se, assim, que a flexibilização, no nosso país, sempre foi sinônimo de precarização das condições de trabalho, através da revogação ou atenuação dos rigores de normas de

proteção ao trabalhador ou mesmo da pura e simples desregulamentação das relações laborais, quando se pretende afastar o Estado da sua missão de regulamentar e fiscalizar essas mesmas relações. Com essa constatação, não se nega a importância da negociação coletiva do trabalho; contudo, a essa deve ficar reservado o papel de elevar o piso de direitos, assegurado pelo texto constitucional aos obreiros, não podendo se sobrepor às normas de ordem pública, sob pena de derrogação e subversão de todo o ordenamento jurídico-trabalhista pátrio.

1.2 Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) – Aprofundando a flexibilização no Brasil

Enquanto as normas anteriores, que precederam a Lei nº 13.467/2017, promoveram a flexibilização de modo parcial e pontual, a reforma trabalhista aprofunda esse processo de flexibilização precarizante, ao promover diversas alterações na legislação trabalhista, abrangendo o direito individual, o direito coletivo do trabalho e as normas de direito processual.

A proposta inicial da Reforma, apresentada em forma de projeto de lei pelo Poder Executivo, alterava, apenas, sete artigos da CLT. Estranhamente, foi aprovado o regime de urgência para a tramitação do projeto, sem qualquer discussão com a sociedade. No decorrer da tramitação, no âmbito da Comissão Especial, foram apresentadas 852 (oitocentos e cinquenta e duas) emendas. Segundo o site **The Intercept Brasil**, das propostas apresentadas, nada menos que 292 (duzentos e noventa e duas) emendas foram integralmente redigidas em computadores da Confederação Nacional dos Transportes, Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional das Instituições Financeiras e Associação Nacional do Transporte de Carga e Logística. O relator da reforma na Comissão Especial, Deputado Rogério Marinho, incorporou ao texto do substitutivo apresentado 52,4% dessas emendas (PAVAN; SBARDELOTTO; MENEGAT, 2017).

Em virtude de algumas resistências à aprovação da proposta, na forma do substitutivo apresentado pelo relator, foi feito um acordo com os líderes do governo, no sentido da edição de uma Medida Provisória, que atenuasse os efeitos mais perversos do projeto, dentre eles, o que autorizava o trabalho da gestante

em atividades insalubres. E, cumprindo a sua parte no pacto, o então Presidente editou a MP 808/2017, alterando diversos dispositivos da Lei nº 13.467/2017, recém-aprovada. Ocorre que, em virtude da completa desarticulação da base aliada do governo e, sobretudo, do desinteresse na aprovação da referida MP, ela deixou de ser votada pelo Congresso e perdeu sua vigência e eficácia. Ou seja, aqueles que acreditaram no mencionado acordo foram enganados.

Delgado (2019, p. 157-159) enumera algumas normas, no âmbito do direito individual e direito coletivo, que sintetizam a intenção precarizante dessas alterações. No âmbito do **direito individual**, são exemplos:

- a) Exclusão do conceito de “*tempo à disposição*” no tocante a vários lapsos temporais em que o trabalhador já se encontra dentro dos limites físicos do estabelecimento empresarial (novo texto do art. 4º, §§ 1º e 2º da CLT);
- b) Eliminação das horas *in itinere* da CLT (novo texto do § 2º, do art. 58 da CLT, com revogação do § 3º desse mesmo preceito legal);
- c) Desregulamentação e/ou flexibilização das regras concernentes à jornada de trabalho, em sentido menos favorável do que o anteriormente dominante;
- d) O incentivo legal à contratação autônoma, em contraponto à contratação empregatícia (novo art. 442-B da CLT);
- e) Criação do “contrato de trabalho intermitente”, pelo qual se imagina a viabilidade formal e concreta da existência de um contrato empregatício praticamente sem jornada e sem salário (nova redação do caput do art. 443 da CLT, com inserção de seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e seus parágrafos);

- f) A permissão para a pactuação meramente bilateral da jornada de plantão 12 x 36 horas relativamente às situações que envolvem ambientes insalubres e perigosos (novo art. 59-A, § 2º, c/c novo parágrafo único do art. 60, todos da CLT);
- g) Exclusão da natureza salarial dos intervalos trabalhistas (novo texto do § 4º do art. 71 da CLT);
- h) A exclusão das regras sobre duração do trabalho e intervalos do campo das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (novo art. 611-B, parágrafo único, da CLT);
- i) A exclusão da natureza salarial de distintas parcelas contratuais trabalhistas (novo texto do art. 457, CLT);
- j) Eliminação da possibilidade de incorporação da gratificação percebida por dez anos ou mais no contrato de trabalho (novo § 2º do art. 468, da CLT);
- k) Diminuição das garantias antidiscriminatórias no contexto da equiparação salarial (novo texto do art. 461, da CLT);
- l) Alargamento e maior desregulamentação da terceirização trabalhista (nova redação para a Lei nº 6019/1974);
- m) Restrições quanto à regulamentação dos danos morais e materiais na seara das relações de trabalho (novo Título II-A da CLT, art. 223-A até art. 223-G);
- n) Eliminação de formalidades e proteções rescisórias ao empregado com mais de um ano de contrato (novo texto do art. 477 da CLT);
- o) Igualação jurídica das dispensas individuais, plúrimas e coletivas (novo art. 477-A da CLT);

p) Permissão para a celebração de termo anual de quitação de obrigações trabalhistas (novo art. 507-B da CLT).

No âmbito do **Direito Coletivo do Trabalho**, podemos citar:

a) Enfraquecimento das entidades sindicais no sistema trabalhista brasileiro, mediante a supressão, sem transição, da obrigatoriedade da contribuição sindical;

b) Proibição do desconto da contribuição negocial, ou similar, dos trabalhadores não associados, se não existir anuência expressa e prévia destes (novo art. 611, XXVI, CLT);

c) Diversos dispositivos que autorizam à negociação coletiva trabalhista se transmutar em mecanismo de supressão ou precarização de direitos e garantias trabalhistas, tais como:

- Novo art. 611-A, caput e incisos I a XV, e seus §§ 1º a 5º;

- Novo art. 611-B, caput, incisos I a XXX e parágrafo único;

- Novo art. 614, § 3º;

- Novo texto do art. 620;

- Novo texto do art. 8º, §§ 2º e 3º, todos da CLT

1.3 Registro de ponto por exceção (Lei nº 13.874/2019)

Ainda em processo de adaptação às grandes mudanças promovidas no ordenamento jurídico-trabalhista pela Lei nº 13.467/2017, os operadores do direito foram surpreendidos pela MP 881/2019, convertida na Lei nº 13.874/2019, que institui a declaração de direitos de liberdade econômica.

Mencionada norma foi denominada de “minirreforma” trabalhista, tendo em vista que alterava diversos dispositivos da legislação trabalhista, mormente relativos à jornada de trabalho.

O procedimento para se chegar ao texto final desse novo diploma legal foi o mesmo adotado no processo legislativo que resultou na aprovação da Lei nº 13.467/2017. Inicialmente, o texto da MP 881/2019 continha dispositivos relacionados, apenas, às áreas de direito empresarial, econômico e civil. Contudo, na Câmara dos Deputados, por meio de projeto de conversão, foram acrescentados diversos dispositivos relacionados à jornada de trabalho, para permitir o trabalho aos domingos e feriados, de forma ampla e irrestrita, sem quaisquer compensações pecuniárias, além de instituir o denominado registro de ponto por exceção.

Entretanto, em razão de forte reação do movimento sindical e de operadores do direito e visando facilitar a aprovação do projeto, o Senado Federal retirou do texto a permissão para o trabalho aos domingos, mantendo-se as novas regras quanto ao registro da jornada de trabalho, inclusive o registro de ponto por exceção.

Analisaremos, nos próximos capítulos, todas as alterações e acréscimos ao texto da CLT, decorrentes da Lei nº 13.467/2017 e da Lei nº 13.874/2019.

CAPÍTULO II

FLEXIBILIZANDO O CONCEITO DE TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR

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.

§ 1º Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho.

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1o do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

I - práticas religiosas;

II - descanso;

III - lazer;

IV - estudo;

V - alimentação;

VI - atividades de relacionamento social;

VII - higiene pessoal;

VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Na nossa legislação, o tempo de serviço do empregado sempre foi considerado como aquele em que o trabalhador esteja, efetivamente, à disposição do empregador, com sua capacidade de locomoção reduzida ou limitada, e não apenas aquele em que esteja executando algum comando patronal.

Neste tópico, portanto, a Lei nº 13.467/2017 procura “eliminar ou atenuar a clássica correlação entre o tempo do trabalho ou de disponibilidade do trabalhador perante o empregador e as condições contratuais, inclusive a retribuição salarial” (DELGADO, 2019, p. 122).

O dispositivo acrescentado ao artigo em referência (§ 2º), deixa claro que, na hipótese de interesse próprio do empregado em permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, esse tempo excedente não se configura como tempo à disposição do empregador. Contudo, presente qualquer interesse ou determinação patronal nessa permanência, restará caracterizado o tempo à disposição do empregador, integrando, assim, a jornada de trabalho do empregado, para todos os efeitos legais. Essa questão certamente será dirimida, diante do caso concreto, no âmbito de reclamações trabalhistas que tenham como objeto pedido de condenação em horas extraordinárias.

Conforme enunciado aprovado na **2ª da Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017)**, não se considera de escolha própria ou exercício de atividades particulares aquelas permanências que decorrerem de riscos inerentes à natureza da atividade do empregador, nos termos do art. 2º, da CLT (Enunciado 3, Comissão 2, da 2ª da Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho).

Com a alteração sob comento, fica prejudicada a parte final da Súmula 366, do TST.

Veja-se:

Súmula nº 366 do TST

CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (nova redação)

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do

empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc.).

Pela sistemática anterior, o tempo excedente ao mencionado na Súmula era considerado tempo à disposição, independentemente, das atividades desenvolvidas pelo empregado. Com a mudança promovida, se ultrapassado o limite diário fixado no § 1º, do art. 58, da CLT, cabe ao empregado o ônus de provar que o tempo superior a cinco minutos não decorreu de vontade própria ou do exercício de atividades particulares.

Contudo, entendemos que permanece válido o enunciado da Súmula 429, do TST, *in verbis*:

Súmula nº 429 do TST

TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO

Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

Entendemos dessa forma porque o tempo de deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho não pode ser considerado como decorrente de vontade própria do empregado, ou do exercício de atividades particulares.

Do mesmo modo, nenhuma alteração adveio na interpretação do regime de sobreaviso, adotada pela Súmula nº 428, do TST.

Súmula nº 428 do TST

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

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

2.1 Extinção das horas *in itinere*

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.

§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

§ 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.

Pela regra anterior, quando se tratava de local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, e o empregador fornecesse o transporte, o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno era considerado tempo à disposição do empregador e, portanto, integrava a sua jornada de trabalho.

O § 3º do supra citado artigo, revogado pela Lei nº 13.467/2017, admitia a flexibilização dessa norma, mediante negociação coletiva, quando se tratasse de microempresas ou empresas de pequeno porte, permitindo a fixação de um tempo médio de deslocamento do empregado no trajeto de sua residência até o local de trabalho. O que não se admitia era a eliminação total do pagamento dessas horas de deslocamento, mesmo que essa condição decorresse de norma coletiva.

A reforma trabalhista, como se observa, retirou o direito dos trabalhadores às **horas *in itinere***, ou horas de percurso, há muito consolidado na nossa legislação.

A **Súmula 90**, do TST, explicitava diversas situações em que se poderiam ou não caracterizar as horas *in itinere*. Por outro lado, a **Súmula 320**, do TST, cuidava da hipótese de cobrança, pelo empregador, pelo serviço de transporte fornecido ao empregado. As duas Súmulas, portanto, foram revogadas, na prática, pela nova redação do § 2º, do art. 58, em tela.

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)

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.

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”.

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”.

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.

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.

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”.

Conforme entendimento de enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), ainda seria possível falar-se em horas de percurso, quando se verificar que o transporte é condição e/ou necessidade irrefutável para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador. O mesmo enunciado entende que não se aplica o § 2º, do art. 58, à atividade rural, permanecendo o empregado rural com direito às horas *in itinere*.

Vejamos:

HORAS DE TRAJETO: HIPÓTESES DE CÔMPUTO NA JORNADA APÓS A LEI nº 13.467/2017.

1. A estrutura normativa matriz do art. 4º da CLT contempla a lógica do tempo à disposição, não eliminada a condição de cômputo quando se verificar concretamente que o transporte era condição e/ou necessidade irrefutável, e não de escolha própria do empregado, para possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo empregador, mantendo-se o parâmetro desenvolvido pela súmula 90 do TST, caso em que fará jus o trabalhador à contagem, como tempo de trabalho, do tempo de deslocamento gasto em trecho de difícil acesso ou sem transporte público por meio fornecido pelo empregador, na ida ou retorno para o trabalho. Inteligência do artigo 3º, c, da Convenção 155, da OIT.

2. Inaplicabilidade do § 2º do art. 58 da Lei nº 13.467/2017 ao trabalho executado na atividade rural (Enunciado Aglutinado nº 3 da Comissão 2).

Nesse mesmo sentido é a tese 29, da comissão 3, do 19º CONAMAT (2018), cuja ementa é a seguinte:

EMENTA - Horas de percurso. Subsistência. A mudança na redação do artigo § 2º., do artigo 58 da CLT não eliminou as horas de percurso. Permanência da interpretação da Súmula 90, caso o transporte seja fornecido pelo empregador e estando o local de trabalho situado em local de difícil acesso ou não houver transporte público regular"

É de todo evidente que a alteração na redação do § 2º, do art. 58, da CLT, tornará muito improvável o reconhecimento das horas de percurso, salvo em situações excepcionais, em que fique comprovado que o transporte fornecido pelo empregador seria condição indispensável a possibilitar o acesso do empregado ao local de trabalho, tendo em vista que não se pode transferir a esse o ônus da atividade empresarial, na hipótese da execução

do contrato de trabalho ter de se desenvolver em locais de difícil acesso e não servido por transporte público.

SÚMULAS RELATIVAS AO CAPÍTULO II:

Súmulas 90, 320, 366, 428 e 429, do TST.

CAPÍTULO III

FLEXIBILIZANDO A JORNADA DE TRABALHO

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

§ 4º (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Neste capítulo, várias alterações foram processadas, no sentido de flexibilizar o regime de horas extraordinárias e a compensação de jornada. Inicialmente, a redação do *caput* foi alterada para permitir a prorrogação de jornada mediante acordo verbal, sendo que a redação anterior exigia acordo individual escrito, mantendo-se, claro, a possibilidade da prorrogação ser efetuada mediante acordo ou convenção coletiva, o que seria ideal.

O § 1º foi modificado apenas para ajustar o percentual de horas extras ao texto constitucional. A redação do § 2º foi mantida, regulamentando o denominado **banco de horas**. Contudo, outras espécies de compensação de jornada foram criadas.

3.1 Compensação de Jornada e Banco de Horas

3.1.1 Banco de Horas:

- a) Período máximo de um ano, formalizado mediante acordo coletivo ou convenção coletiva (§ 2º).
- b) Período máximo de seis meses, formalizado mediante acordo individual escrito, acordo ou convenção coletiva (§ 5º).

3.1.2 Compensação stricto sensu (§ 6º) – Poderá ocorrer por acordo individual, **inclusive tácito**, desde que a compensação das horas excedentes ocorra no mesmo mês.

Aqui foi introduzida a possibilidade de acordo de compensação tácito, o que dificulta a fiscalização do cumprimento das regras relativas à compensação, inclusive quanto ao pagamento das horas eventualmente não compensadas.

A possibilidade de compensação utilizando o denominado banco de horas, por meio de acordo individual, instituída no § 5º da norma em tela, foi rechaçada pelos participantes da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). A **Súmula nº 85**, do TST, parcialmente revogada, também veda essa possibilidade, prevendo o acordo individual somente quando não se tratar de compensação via banco de horas.

Veja-se:

BANCO DE HORAS. ACORDO INDIVIDUAL.

Banco de horas por acordo individual. A compensação de horários requer intervenção sindical obrigatória, independentemente do seu prazo de duração, conforme artigo 7º, XIII, CRFB/88, que autoriza a compensação apenas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 2).

Nesse mesmo sentido é a tese 30, da Comissão 3, do 19º CONAMAT (2018), cuja ementa é a seguinte:

EMENTA – É inconstitucional o disposto no artigo 59, § 5º e § 6º da CLT (nova redação), haja vista que a Constituição Federal de 1988 exige que a compensação de jornada seja por acordo ou convenção coletiva de trabalho.

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

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

O *caput* do art. 59-B é uma mera repetição da redação do inciso III, da Súmula 85, do TST, no sentido de que a violação das normas atinentes à compensação, implica o pagamento, apenas, do adicional horas extras (50%) incidente sobre as horas que ultrapassarem a jornada diária normal, não sendo devido o pagamento da hora cheia.

Críticas têm sido feitas em relação ao parágrafo único do art. 59-B, pois pode estimular o descumprimento das normas que regem a compensação de horários e mesmo o sentido e a finalidade do instituto. A Súmula 85, no seu inciso IV, dispõe que **“a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada”**.

Não faz qualquer sentido o empregador propor compensação de horário aos seus trabalhadores, evitando o pagamento de horas extras, e, ao mesmo tempo, submeter esses obreiros a sucessivas jornadas extraordinárias. A admissão da prestação de horas extras habituais, no âmbito do regime de compensação, causará confusão entre as horas destinadas à compensação e as horas extraordinárias, dificultando o controle por parte do trabalhador e a própria fiscalização trabalhista.

Conforme entendimento dos participantes da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação e banco de horas. Veja-se:

PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO E BANCO DE HORAS.

A prestação de horas extras habituais ou, ainda que eventuais, em número superior a duas horas diárias, implica descaracterização do acordo de compensação e do acordo de banco de horas, conforme artigos 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal, e 59 da CLT (Enunciado nº 1 da Comissão 2).

3.2 Jornada 12x36

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

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

A jornada 12 x 36 também traduz uma espécie excepcional de compensação de jornada. Não existia previsão legal quanto a essa modalidade de jornada; contudo, estava prevista na **Súmula nº 444**, do TST, cuja redação é a seguinte:

Súmula nº 444 do TST

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

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

Em comparação ao contido no novo artigo 59-A, a redação da Súmula em apreço é bem mais favorável aos trabalhadores. Em primeiro lugar, essa modalidade de jornada excepcional poderá ser firmada por acordo individual, enquanto a súmula requeria acordo ou convenção coletiva; por outro lado, os intervalos para descanso podem ser suprimidos, mediante indenização, além de serem considerados compensados os feriados, o descanso semanal e as prorrogações de trabalho noturno.

Os participantes da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) apontam várias incompatibilidades entre a norma em tela e a Constituição Federal.

Veja-se:

Jornada 12 por 36

I. Tratando-se de regime de compensação de jornada, é essencial para a sua validade a previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, inclusive em relação ao comerciário, em razão de lei especial (Lei 12.790/2013).

II. Artigo 60, parágrafo único da CLT. Dispensa de licença prévia para a realização de jornada 12x36. Matéria de saúde e segurança do trabalho. Inconstitucionalidade por infração ao artigo 7º, XXII, da Constituição Federal.

III. Impossibilidade de regime “complessivo” quanto ao pagamento de feriados e prorrogação da jornada noturna, por infração ao artigo 7º, IX, da Constituição Federal.

IV. A prestação de horas extras, inclusive pela supressão do intervalo intrajornada (ainda que parcial), descaracteriza o regime de compensação de jornada 12x36, implicando o pagamento como hora extraordinária daquelas laboradas além da 8ª diária, por infração ao artigo 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal (Enunciado Aglutinado nº 2 da Comissão 2).

Revogadas, assim, a Súmula nº 444 e, parcialmente, a Súmula nº 85, do TST.

3.3 Intervalo Intra-jornada

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Neste ponto, a nova redação do § 4º, supra, traduz-se em claro retrocesso, tendo em vista que a não concessão do intervalo intrajornada implica no pagamento, como horas extras, apenas das horas relativas ao período da supressão e não a todo o intervalo legal, tal como previsto na anterior redação do dispositivo em tela, bem como na **Súmula nº 437**, do TST. Por outro lado, esse pagamento passa a ter natureza indenizatória, e não salarial, como antes, conforme o disposto no inciso III, da Súmula nº 437, do TST.

Esclareça-se que a redução do intervalo mínimo previsto no *caput* do art. 71, supra, poderá ser pactuada por meio da negociação coletiva (art. 611-A), contrariando, assim, o entendimento contido no inciso II, da **Súmula nº 437, do TST**, que não admitia tal possibilidade.

Tais alterações, sem dúvida, podem incentivar o empregador a suprimir, ainda que parcialmente, os intervalos legais para repouso ou alimentação, em prejuízo à saúde dos trabalhadores.

3.4 Registro de ponto por exceção (modalidade de registro de jornada instituído pela Lei nº 13.874/2019)

O art. 74, da CLT, disciplina o registro do horário de trabalho do empregado, tendo a seguinte redação, antes da alteração promovida pela Lei nº 13.874/2019:

Art. 74 - O horário de trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 1º - O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória à anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

§ 3º - Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o § 1º deste artigo.

Vejamos a nova redação do dispositivo em tela:

“Art. 74. O horário de trabalho será anotado em registro de empregados.

§ 1º. Revogado

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória à anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso.

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará em registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder, sem prejuízo do que dispõe caput deste artigo.

§ 4º Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.”

Foram promovidas mudanças significativas no que diz respeito ao controle do horário de trabalho. A primeira é que os estabelecimentos com menos de **vinte trabalhadores** não serão obrigados a efetuar as anotações de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico. Antes da alteração, esse limite era de **10 (dez) trabalhadores** por estabelecimento.

Portanto, aumentará significativamente o número de estabelecimentos desobrigados de efetuar o registro de jornada.

Outra alteração diz respeito à desnecessidade, para os estabelecimentos, com mais de 20 (vinte) empregados, de assinalar os períodos de repouso nos respectivos registros, em razão da nova redação do § 2º, que utiliza a expressão “**permitida pré-assinalação do período de repouso.**” A redação anterior do referido dispositivo era impositiva, ao utilizar a expressão “**devendo haver**”. A não assinalação dos períodos de repouso dificulta o efetivo controle da jornada e a sua fiscalização pelos órgãos competentes.

A alteração potencialmente mais prejudicial ao trabalhador, contudo, é a introdução, no nosso ordenamento, do **registro de ponto por exceção**, conforme o disposto no § 4º, introduzido pela Lei nº 13.874/2019, que se configura pelo registro, apenas, de situações excepcionais de trabalho, tais como, afastamentos, horas extras, saídas antecipadas, dispensando-se o empregado de registrar sua jornada diariamente. Em consequência, inexistindo tais registros, presume-se que o empregado apenas cumpriu a jornada padrão, contratualmente estabelecida, fato que traz insegurança e incerteza quanto à efetiva jornada trabalhada pelo obreiro.

O Tribunal Superior do Trabalho, com fundamento no art. 611-A, inciso X, da Lei nº 13.467/2017, já admitiu a possibilidade de registro de ponto por exceção, contudo, mediante negociação coletiva. Entretanto, o que surpreende na redação do novo § 4º, introduzido pela Lei nº 13.874/2019, é que tal espécie excepcional de registro de jornada possa ser feito por acordo individual entre empregado e empregador. Assusta porque é de sabença gemezinha que os trabalhadores são submetidos a toda sorte de pressão para assinalar e/ou ratificar anotações de jornada de trabalho que não correspondem às horas efetivamente trabalhadas, ou seja, falsas.

Esse dispositivo vem recebendo fortes críticas por parte de Juízes do trabalho, como se lê, a seguir:

De seu lado, abre-se permissivo para anotação da jornada de trabalho por exceção, prática essa contestada pelo Direito

do Trabalho, não só pela possibilidade de manipulações e fraudes, mas, sobretudo, porque fere os princípios da transparência e da lealdade, sonogando ao trabalhador o direito de conhecer, de modo fidedigno, os horários de atividade, com registro de seu início, término e tempos intervalares (PRITSCH; JUNQUEIRA; MARANHÃO, 2019, p.3).

Outrossim, o prejuízo ao trabalhador repercutirá no âmbito do processo do trabalho, eis que a jurisprudência consolidada firmou entendimento no sentido de que se inverte o ônus da prova em favor do empregado, quando o empregador não apresentar, em juízo, os registros da jornada de trabalho, presumindo-se verdadeira a jornada alegada pelo obreiro, na inicial de reclamação trabalhista, nos exatos termos do **inciso I, Súmula nº 338, do TST**.

Adotando-se o registro de ponto por exceção, inverter-se-á o ônus da prova, em favor do empregador, pois esse estará desobrigado de efetuar o registro da jornada e de exibi-lo em juízo, obrigando exclusivamente o empregado a efetuar a prova da jornada alegada na exordial.

De qualquer modo, nesse caso, poderá o Juiz determinar que o empregador efetue a prova do fato contrário, com fundamento no § 1º, do art. 818, da CLT, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.467/2017, em razão da impossibilidade ou da excessiva dificuldade do empregado de cumprir o encargo probatório.

SÚMULAS RELATIVAS AO CAPÍTULO III:

85, 437, 444, 338 do TST.

CAPÍTULO IV

TRABALHO A TEMPO PARCIAL

Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

§ 1º O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

§ 2º Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva.

§ 3º As horas suplementares à duração do trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal.

§ 4º Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais.

§ 5º As horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a sua quitação na folha de pagamento do mês subsequente, caso não sejam compensadas.

§ 6º É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário.

§ 7º As férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação.

Observa-se uma sensível diferença na regulamentação do trabalho a tempo parcial, eis que, no regime anterior, nessa modalidade contratual, a jornada não poderia ultrapassar 25 horas semanais, sendo vedadas as horas extraordinárias e a compensação de horário.

Com a reforma, a jornada, em tempo parcial, poderá ser de 30 horas semanais, sem prorrogação de jornada, ou 26 horas, com a possibilidade de prorrogação de até seis horas extras, o que perfaz uma jornada de 32 horas semanais, aproximando-se, assim, da jornada normal constitucional de 44 horas semanais.

Do mesmo modo, faculta-se a compensação de jornada, por meio de acordo direto entre empregado e empregador, desde que as horas extras trabalhadas sejam compensadas na semana posterior à sua execução. Se não forem compensadas, deverão ser pagas, como horas extras, na folha do mês subsequente.

Tais inovações podem generalizar o regime de horas extras e de compensação de horário para essa modalidade contratual, desvirtuando a sua finalidade e acarretando prejuízos aos trabalhadores, tendo em vista que o valor da hora extra será reduzido, pois a hora normal, utilizada para o seu cálculo, é proporcional à jornada efetivamente trabalhada.

No caso do empregado doméstico, permanece em vigor o disposto no art. 3º, da LC 150/2015, que prevê uma jornada de 25 horas semanais, com a possibilidade de 1 hora extra diária, mediante acordo escrito entre empregado e empregador.

Salário proporcional à jornada – observar a **OJ 358 SDI-1**

OJ 358 SDI-1

“SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016)

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.”

O salário do trabalhador no regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, tendo como parâmetro os que exercem as mesmas funções, com jornada integral.

De certo modo, a regra do salário proporcional à jornada, adotada para o regime de tempo parcial, veio consolidar uma tendência da jurisprudência, no sentido de estendê-la a todas as modalidades contratuais, como se percebe pela leitura da OJ 358, supratranscrita, à exceção da remuneração do empregado público, que não pode ser inferior a um salário mínimo.

Finalmente, os parágrafos 6º e 7º do artigo sob análise igualaram o regime de férias do trabalhador a tempo parcial ao do trabalhador comum, inclusive concedendo-lhe o direito ao abono pecuniário de férias.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL RELATIVA AO CAPÍTULO IV

OJ 358, da SDI-1

CAPÍTULO V

GRUPO ECONÔMICO E SÓCIO RETIRANTE

5.1 Grupo econômico

"Art. 2º

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, **ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.**

§ 3º **Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes."(NR)**

A nova redação do § 2º consagrou a teoria da coordenação horizontal de interesses entre empresas para a caracterização do grupo econômico. Antes da alteração, predominava a teoria da relação de subordinação, quando se exigia efetiva hierarquia entre as empresas do grupo econômico, com a direção de uma sobre as demais.

Desse modo, o grupo econômico passa a ser caracterizado em duas situações: "a) efetivo controle ou direção de uma empresa sobre as demais componentes do grupo (relação de subordinação); b) quando restar demonstrado o interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas integrantes do grupo (relação de coordenação)" (LIMA; LIMA, 2017, p. 17).

A nova redação do § 2º, da CLT, em nossa opinião, é um dos únicos aspectos positivos da reforma trabalhista, pois, ao consagrar a tese da caracterização do grupo econômico em razão de uma relação de coordenação de interesses, amplia a ga-

rantia de satisfação do crédito trabalhista, que é o objetivo principal da desconsideração da personalidade jurídica, no caso de configurado o grupo econômico.

A Lei nº 13.874/2019, trouxe alterações significativas no que se refere ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito do Direito Civil, no sentido de admiti-la apenas nas hipóteses de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, conforme a nova redação do *caput* do art. 50, do Código Civil.

Dispõe o § 4º, do art. 50, da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), com a redação que lhe deu a Lei nº 13.874/2019:

"§ 4º. A mera existência de grupo econômico, sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica"

Entendemos que tal dispositivo não se aplica ao âmbito do Direito do Trabalho. Em primeiro lugar, porque o § 2º da CLT não exige a presença dos requisitos do *caput* do art. 50, do Código Civil, para o fim de reconhecer a responsabilidade solidária dos integrantes do grupo econômico. Por outro lado, não se pode transplantar mecanicamente a noção e a caracterização de grupo econômico ou empresarial do âmbito do direito civil para a seara do direito do trabalho. As figuras são distintas quanto à forma e aos objetivos, posto que:

O grupo econômico para fins justralhistas não necessita se revestir das modalidades jurídicas típicas do Direito Econômico ou do Direito Comercial/Empresarial (holdings, consórcios, pools, etc.). Não se exige, sequer, prova de sua formal institucionalização cartorial: pode-se acolher a existência do grupo desde que emergjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração interempresarial de que falam os mencionados preceitos da CLT e da Lei do Trabalho Rural (DELGADO, 2019, p.502).

Essa distinção é crucial posto que:

O claro objetivo da ordem justabalhista (art. 2º, § 2º, CLT; art. 3º, § 2º, Lei n. 5889/73) foi assegurar maior garantia aos créditos trabalhistas em contexto socioeconômico de crescente despersonalização do empregador e pulverização dos empreendimentos empresariais em numerosas organizações juridicamente autônomas. O instrumento para isso foi firmar a solidariedade passiva entre as diversas entidades integrantes de um mesmo complexo empresarial perante o crédito oriundo da relação de emprego (DELGADO, 2019, p. 506-507).

Para o direito do trabalho, empregador é a *“empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”* (Art. 2º, *caput*, CLT). Sabe-se que a empresa se constitui pela organização dos fatores de produção, tendo em vista um fim econômico comum ao conjunto dos seus integrantes. No caso do grupo econômico, a empresa são os entes, personalizados ou despersonalizados, que se irmanam em torno desses objetivos econômicos comuns, embora cada um deles mantenha certa autonomia administrativa e financeira. Ora, em face dessa comunhão de interesses empresariais, que se beneficia da força do trabalho de um conjunto de trabalhadores, é que surge a solidariedade passiva entre os seus integrantes, em face das obrigações decorrentes da relação de emprego.

Eis o verdadeiro objetivo do instituto: satisfazer o crédito trabalhista, ao se considerar o grupo econômico como o verdadeiro empregador, em face dos diversos contratos de trabalho firmados por seus integrantes. Interpretar de maneira diversa significa dificultar a satisfação do crédito trabalhista, contrariando toda a função do instituto.

Assim, entendemos que os Juízes do Trabalho devem continuar reconhecendo a formação do grupo econômico, em face de relação de subordinação ou coordenação, declarando a responsabilidade solidária entre os seus integrantes, independentemente de fraude, afastando a aplicação literal do Código Civil.

A identidade de sócios, antes da inclusão do § 3º ao artigo 2º da CLT, era um forte indício para a caracterização do grupo econômico. Contudo, nos termos do novo texto legal, a simples existência de sócio comum ou acionista majoritário de várias empresas, por si só, não tem o condão de caracterizar o grupo econômico.

A interpretação desse dispositivo, contudo, não pode e não deve ser literal, mas há de ter como referência o objetivo central do instituto, ou seja, a satisfação do crédito trabalhista. Nesse sentido, ponderam:

Nessa linha, é preciso que fique claro que qualquer participação societária que não seja irrisória, minúscula, insignificante, evidencia, sim, por si somente, a óbvia demonstração de interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas componentes do grupo econômico para fins justralistas. Apenas se, realmente, for mesmo irrisória, minúscula e insignificante essa participação é que se torna possível falar na necessidade de demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.....

De qualquer modo, a situação envolve típica hipótese de inversão probatória, em benefício do trabalhador reclamante, conforme enfatizado pelo novo art. 818, §§ 1º, 2º e 3º, da própria CLT, em sua redação alterada pela Lei 13.467/2017 (DELGADO; DELGADO, 2018, p.101-102).

No sentido de que a identidade de sócios constitui indício que autoriza a inversão ou redistribuição do ônus da prova, conforme o disposto no art. 818, § 1º, da CLT, veja-se o seguinte Enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017):

GRUPO ECONÔMICO TRABALHISTA. DISTRIBUIÇÃO RACIONAL DO ÔNUS DA PROVA.

I. A Lei nº 13.467/2017 reconheceu expressamente a figura do grupo econômico trabalhista por coordenação (art. 2º, § 2º) e estabeleceu requisitos subjetivos (interesse integrado e comum) e objetivos (atuação conjunta) para a caracterização do grupo, a serem verificados no caso concreto pelo juízo (art. 2º, § 3º).

II. Nas hipóteses restritas de aplicação do parágrafo 3º do artigo 2º da CLT, a mera identidade de sócios entre as empresas integrantes, embora não baste à caracterização do grupo econômico, constitui indício que autoriza a inversão ou redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 818 § 1º da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017. Incumbe então ao empregador o ônus de comprovar a ausência de interesses integrados, da comunhão de interesses e/ou da atuação conjunta das empresas. Aplicação dos princípios da aptidão para a prova e da paridade de armas em concreto (isonomia processual) (Enunciado Aglutinado nº 5 da Comissão 1).

Na mesma direção, a Tese 11, da Comissão 4-A, do 19º CONAMAT(2018), cuja ementa é a seguinte:

“EMENTA

GRUPO ECONÔMICO E ÔNUS DA PROVA.

A identidade de sócios, total ou parcial; as sociedades familiares; ou ainda, a identidade de endereço de empresas diversas; acarretam indício de existência de grupo econômico. Nestes casos, aplica-se o § 1º do artigo 818 da CLT, pois pelo princípio da aptidão da prova, cabe ao empregador o ônus de provar a inexistência dos requisitos estabelecidos no artigo 2º, § 2º e 3º da CLT (interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas).

Observar, também, o **Enunciado 4, da Comissão 1**, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), *in verbis*:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS QUE ATUAM EM CADEIA PRODUTIVA GLOBAL OU NACIONAL

Subordinação estrutural. Grupo econômico. Responsabilidade solidária das empresas que atuam em cadeia produtiva nacional ou global, por

interpretação dos parágrafos 2º e 3º do artigo 2º da CLT, acrescentados pela Lei nº 13.467/2017.

A par da inovação promovida no conceito de grupo econômico, em nossa opinião permanecem inalteradas as **Súmulas nºs 129 e 239, do TST, in verbis:**

Súmula nº 129 do TST

CONTRATO DE TRABALHO. GRUPO ECONÔMICO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

Súmula nº 239 do TST

BANCÁRIO. EMPREGADO DE EMPRESA DE PROCESSAMENTO DE DADOS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 64 e 126 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros. (primeira parte - ex-Súmula nº 239 - Res. 15/1985, DJ 09.12.1985; segunda parte - ex-OJs nºs 64 e 126 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 13.09.1994 e 20.04.1998).

Percebe-se, pela análise das súmulas em tela, que o Tribunal Superior do Trabalho, em face da existência do grupo econômico, considera esse como **empregador único**, o que implica também no reconhecimento de responsabilidade ativa em relação aos empregados das diversas empresas que compõem o mesmo grupo, além da responsabilidade passiva, que decorre do próprio texto consolidado.

5.2 Sócio retirante

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 10-A. O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência:

I - a empresa devedora;

II - os sócios atuais; e

III - os sócios retirantes.

Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

Aplica-se, subsidiariamente, o disposto nos artigos 1022 a 1032, do Código Civil. Vejamos alguns desses dispositivos.

Art. 1.023. Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Art. 1.025. O sócio, admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à admissão.

Art. 1.032. A retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação.

A Reforma Trabalhista veio suprir uma lacuna da legislação laboral, que não regulamentava a responsabilidade do sócio retirante da sociedade pelas dívidas trabalhistas eventualmente contraídas pela sociedade. E o fez adotando as regras do Código Civil que, como se sabe, regula direitos pessoais e patri-

moniais, não protegendo verbas de natureza alimentar, como o crédito trabalhista.

A aplicação subsidiária automática e literal do Código Civil era rejeitada pela maioria dos Juízes do Trabalho, antes do advento da Lei nº 13.467/2017. De fato, muitos magistrados não restringiam a responsabilidade do ex-sócio ao período em que este participou da sociedade, bem como não a limitavam a certo período após a sua retirada da sociedade.

O art. 10-A, acrescentado ao texto consolidado, praticamente repete os dispositivos do Código Civil, que tratam dessa matéria (arts. 1022 a 1032). Desse modo, devem ser observadas as seguintes regras:

- a) O sócio retirante responde, **subsidiariamente**, pelas obrigações trabalhistas da sociedade apenas relativas ao período em que figurou como sócio;
- b) O credor trabalhista tem o prazo de dois anos para postular a desconsideração da personalidade jurídica e, assim, atingir os bens do sócio retirante, contados da averbação da modificação contratual;
- c) Foi estabelecido o benefício de ordem, ou seja, sucessivamente respondem os bens da sociedade, dos atuais sócios e, somente na hipótese de não serem encontrados bens destes, poder-se-á atingir os bens do sócio retirante.
- d) O sócio retirante responderá **solidariamente** com os demais sócios, na hipótese de fraude na alteração societária.

Deve-se registrar, ainda, que o sócio que é admitido em uma sociedade já constituída assume eventuais dívidas trabalhistas contraídas pela sociedade e por essa não honradas, pois recebe todo o ativo e o passivo empresarial. Os direitos adquiridos pelo empregado não podem ser afetados pela alteração societária, decorrente do ingresso do sócio (art. 10, *caput*, da CLT).

Na hipótese de sucessão empresarial, é possível a responsabilização solidária do sucedido e do sucessor, pelo prazo de um ano, independentemente de fraude (art. 1146, do CC).

Observar o Enunciado 8, Comissão 1, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), *in verbis*:

SUCESSÃO TRABALHISTA

A teor do art. 1.146 do Código Civil, aplicável ao direito do trabalho (CLT, art. 8º), é cabível a responsabilidade solidária do sucedido e do sucessor pelos créditos trabalhistas constituídos antes do trespasse do estabelecimento, independentemente da caracterização de fraude (Enunciado nº 8 da Comissão 1).

SÚMULAS RELATIVAS AO CAPÍTULO V:

129, 239, DO TST.

CAPÍTULO VI

FLEXIBILIZANDO O CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho é um dos principais objetos da flexibilização, não apenas no Brasil, mas em diversos países, inclusive europeus. O método adotado é a criação de modalidades contratuais que excluem direitos e garantias inerentes à modalidade contratual padrão vigente no respectivo ordenamento jurídico. Exemplo, no Brasil, é o contrato a prazo determinado, instituído pela Lei nº 9.601/1998, que suprime vários direitos trabalhistas assegurados aos trabalhadores submetidos a contrato por prazo indeterminado e até mesmo àqueles contratados, sob a modalidade do tradicional contrato a prazo, previsto no art. 443, §§ 1º e 2º, da CLT.

Ocorre que essas modalidades contratuais excepcionais, introduzidas com a justificativa de facilitar a criação de novos empregos, ao passar do tempo, de exceção podem se tornar regra e, o que é pior, não cumprem o desiderato para o qual foram criadas, qual seja, aumentar o número de empregos formais. Ao contrário, estimulam e aumentam a informalidade no mercado de trabalho, precarizando, assim, as condições de trabalho.

A Lei nº 13.467/2017 introduziu duas novas modalidades contratuais extremamente danosas e prejudiciais aos trabalhadores e à própria economia, capazes de abalar o alicerce protetivo característico do nosso ordenamento e de causar uma grande insegurança jurídica na seara trabalhista. Estamos falando do contrato de trabalho intermitente e do contrato do autônomo.

6.1 Contrato intermitente

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, **ou para prestação de trabalho intermitente.**

.....

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Foi alterada a parte final do *caput* do art. 443, incluindo a prestação de trabalho intermitente, com subordinação, como uma das modalidades de contrato de trabalho. Acrescentou-se o § 3º, que traz a definição de contrato intermitente. O dispositivo cria a estranha figura do “*empregado eventual*”.

Percebe-se a ausência do requisito da não eventualidade, tendo em vista que o trabalhador, embora com vínculo empregatício, pode prestar serviços esporadicamente, quando requisitado pelo empregador, que não tem obrigatoriedade de convocá-lo para trabalhar. O trabalhador fica dependente da vontade exclusiva do empregador, caracterizando uma condição puramente potestativa, o que é vedado por lei (art. 122, Código Civil).

O dispositivo, em apreço, tem sido fortemente criticado por doutrinadores e operadores do direito de um modo geral, podendo ser caracterizado como pacto de “*cláusulas vazias*”, em virtude da indeterminação do seu objeto. Não há qualquer garantia de jornada mínima ou renda mínima, o que causa insegurança e falta de previsibilidade para o trabalhador.

Delgado (2019, p. 672-673) considera que essa nova modalidade contratual:

Inscribe-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho(.....), inerentes à contratação empregatícia padrão, tais como, por exemplo, tempo à disposição, intervalos intra e interjornadas, descansos semanais remunerados, descansos em feriados.

A nova lei não veda a despedida de empregado com contrato em vigor para, em seguida, ser contratado para prestação de serviço intermitente. A MP 808/2017 estabelecia uma espécie de quarentena, pois vedava a contratação, pelo prazo de 18 meses, sob essa modalidade contratual, pelo mesmo empregador, do empregado que fora anteriormente despedido, a partir da data do despedimento.

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.

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

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

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

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

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

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato 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.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º 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.

§ 9º 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.

Ratificando a ausência de previsibilidade e a indeterminação nesse novo tipo de contrato, o § 1º esclarece que o empregado poderá ser convocado para a prestação de serviços com antecedência de, apenas, três dias corridos, sendo informado, nessa ocasião, da sua jornada de trabalho. Terá, então, o exíguo prazo de um dia para responder à convocação (§ 2º).

O § 4º prevê o pagamento de multa correspondente a 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida ao trabalhador, caso esse, depois de aceitar a oferta para trabalhar, deixar de comparecer, sem justo motivo. Tal dispositivo havia sido revogado pela MP 808/2017, certamente porque já estava sendo apontado como inconstitucional, desde a sua origem, pois afronta o princípio da isonomia e o princípio da proteção ao trabalhador.

Do mesmo modo, o § 5º, que dispõe que *"o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador"* também havia sido revogado pela MP 808/2017.

A MP 808/2017 introduzia o art. 452-D, estipulando o prazo máximo de um ano para a convocação do trabalhador, a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação do serviço, o que fosse mais recente, sob pena de ser considerado rescindido o contrato de trabalho intermitente. Consideramos que essa condição de rescisão con-

tratual seria importante para que o empregado não fique eternamente vinculado a um contrato cuja precariedade é notória.

A mesma MP também conceituava tempo de inatividade (art. 452-C) e enumerava as verbas rescisórias na hipótese de rescisão do contrato de trabalho intermitente (art. 452- E).

Por meio da Portaria nº 349, de 24/05/2018, o Ministério do Trabalho, a título de regulamentação do trabalho autônomo e intermitente, restabeleceu alguns artigos da MP 808/2017, entre eles, aquele que obriga a anotação na CTPS do contrato de trabalho intermitente, a definição de tempo de inatividade e regra a respeito do cálculo das verbas rescisórias.

Nos termos do art. 4º, da mencionada Portaria:

Considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A da referida lei. Conforme preceitua o § 2º, do mesmo artigo 4º, “o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado”, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

Outrossim, *“as verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente”* (art. 5º).

Conforme mencionamos no Capítulo II, nessa nova modalidade contratual atenua-se a correlação entre tempo à disposição do empregador e os consequentes reflexos nas condições contratuais, pois o período em que o empregado aguarda ser chamado não será computado para quaisquer efeitos jurídicos.

Por outro lado, quando convocado pelo empregador, mas perceber remuneração inferior ao salário mínimo, será o trabalhador obrigado a complementar o valor da sua contribuição previdenciária, sob pena de perder a condição de segurado do regime geral da Previdência Social. Trata-se, como se vê, não de um benefício, mas de uma penalidade imposta ao hipossuficiente, por meio dessa nova modalidade contratual.

Aguardam julgamento no STF algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em relação aos dispositivos supracitados, destacando-se duas delas, a **ADI 5826** e **ADI 5829**.

Enquanto isso, aumenta gradativamente o número de contratos intermitentes. Segundo matéria publicada no Jornal Folha de São Paulo, a partir de dados do Cadastro Geral dos Empregados e Desempregados (CAGED), da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, "*foram criadas 79.877 vagas de empregado nessa modalidade, desde que entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017 (GERCINA, 2019)*". Acreditamos que esse número poderá aumentar substancialmente se o STF decidir pela constitucionalidade desse contrato, permitindo a sua ampla utilização pelos empregadores.

Quanto à matéria em foco, observar os seguintes Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017):

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: INCONSTITUCIONALIDADE

É INCONSTITUCIONAL O REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE PREVISTO NO ART. 443, § 3º, E ART. 452-A DA CLT, POR VIOLAÇÃO DO ART. 7º, I E VII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E POR AFRONTAR O DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR AOS LIMITES DE DURAÇÃO DO TRABALHO, AO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E ÀS FÉRIAS REMUNERADAS (Comissão 6, Enunciado 3, Aglutinado).

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. SALÁRIO MÍNIMO E PISO PROFISSIONAL. MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A MULTA PREVISTA NO ART. 452-A, § 4º, DA CLT, IMPOSTA AO TRABALHADOR QUE DESCUMPRIR CONVOCAÇÃO ANTERIORMENTE ATENDIDA, NÃO É COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA, DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO, DA ISONOMIA, DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA (Comissão 6, Enunciado 05).

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALCANÇA OS TRABALHADORES EM REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO NOS ARTS. 443, § 3º, E 452-A DA CLT, AOS QUAIS É TAMBÉM ASSEGURADO O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA MENSAL, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE DIAS EM QUE FOR CONVOCADO PARA TRABALHAR, RESPEITADO O SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL (Comissão 6, Enunciado 5, Aglutinado).

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: CARGA HORÁRIA

COMO O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE DEVE SER CELEBRADO POR ESCRITO, DO INSTRUMENTO CONTRATUAL DEVERÃO CONSTAR OS PERÍODOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU A ESTIMATIVA DE SERVIÇOS A EXECUTAR, A RESPEITO DOS QUAIS SE OBRIGA O EMPREGADOR (Comissão 6, Enunciado 2).

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL NÃO CORRESPONDE AO ZERO-HOURS CONTRACT BRITÂNICO

NOS CONTRATOS DE TRABALHO INTERMITENTE, É OBRIGATÓRIO INDICAR A QUANTIDADE MÍNIMA DE HORAS DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, POIS NÃO SE ADMITE CONTRATO DE TRABALHO COM OBJETO INDETERMINADO OU SUJEITO A CONDIÇÃO PURAMENTE POTESTATIVA, CONSOANTE ARTIGOS 104, II, 166 II E 122 DO CÓDIGO CIVIL, APLICÁVEIS SUBSIDIARIAMENTE À MATÉRIA, NOS TERMOS DO ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT (Comissão 6, Enunciado 3).

FÉRIAS E TRABALHO INTERMITENTE

FÉRIAS. TRABALHO INTERMITENTE. DIANTE DA EXISTÊNCIA DE ANTINOMIA JURÍDICA ENTRE O DISPOSTO NO § 6º DO ART. 452-A DA CLT E O DISPOSTO NO § 9º DO MESMO ART. 452-A DA CLT, DEVE-SE INTERPRETAR O ORDENAMENTO JURÍDICO DE FORMA SISTEMÁTICA E UTILIZAR O CRITÉRIO HIERÁRQUICO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO DE NORMAS. ASSIM, TENDO EM VISTA O ART.

7º, XVII, DA CF/88, QUE DISPÕE SOBRE O DIREITO ÀS FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS, OU SEJA, PAGAS NO MOMENTO DO GOZO DO PERÍODO DE DESCANSO (CONFORME TAMBÉM DISPOSTO NO ART. 452-A, § 9º, CLT), O PAGAMENTO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS APÓS A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (ART. 452-A, § 6º, II, CLT) NÃO ENCONTRA APLICABILIDADE. ASSIM, NO TRABALHO INTERMITENTE, AS FÉRIAS DEVEM SER REMUNERADAS QUANDO DA SUA FRUIÇÃO (Comissão 6, Enunciado 04).

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E DEMANDAS PERMANENTES

1. É ILÍCITA A CONTRATAÇÃO SOB A FORMA DE TRABALHO INTERMITENTE PARA O ATENDIMENTO DE DEMANDA PERMANENTE, CONTÍNUA OU REGULAR DE TRABALHO, DENTRO DO VOLUME NORMAL DE ATIVIDADE DA EMPRESA.
2. É ILEGAL A SUBSTITUIÇÃO DE POSTO DE TRABALHO REGULAR OU PERMANENTE PELA CONTRATAÇÃO SOB A FORMA DE TRABALHO INTERMITENTE.
3. O EMPREGADOR NÃO PODE OPTAR PELO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE PARA, SOB ESSE REGIME JURÍDICO, ADOTAR A ESCALA MÓVEL E VARIÁVEL DA JORNADA.
4. PRESENTE A NECESSIDADE DE TRABALHO INTERMITENTE, O EMPREGADO CONTRATADO NA FORMA DO ART. 443, § 3º, DA CLT TEM DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO, SENDO ILÍCITA SUA PRETERIÇÃO OU A OMISSÃO DO EMPREGADOR. (Comissão 6 Enunciado 08).

Observar, ainda, as Teses 26 e 27, do 19º CONAMAT (2018), *in verbis*:

TRABALHO INTERMITENTE. VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO 95 DA OIT SOBRE A PROTEÇÃO AO SALÁRIO (art. 4º, “b”- salário justo e razoável). NULIDADE –

Viola o art. 4º, “b” da Convenção 95 da OIT sobre a proteção do salário (justo e razoável), a contratação por trabalho intermitente, quando não respeitado o salário mínimo vigente ou o piso salarial profissional ou previsto em norma coletiva da categoria, com o pagamento das férias, 13º salário e FGTS de forma proporcional. A estipulação de remuneração por hora, com violação ao salário mínimo e ao piso profissional ou

salарial da categoria deve ser considerada nula, para que seja observado salário mínimo, justo e razoável, como prevê a Constituição (artigo 7º, IV, V e VII) e a Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho, já que a valorização do trabalho humano requer assegurar a todos a existência digna (art. 170 da Constituição) e o trabalho não é mercadoria, mas fonte de dignidade, devendo o salário assegurar condições de existência convenientes (Constituição da OIT – Declaração de Filadélfia) (Tese 26 – Comissão 3).

EMENTA: O contrato de trabalho intermitente, previsto pela Lei nº 13.467/2017, é inconstitucional por violar o regime de emprego, a dignidade humana, o compromisso com a profissionalização e o patamar mínimo de proteção devido às pessoas que necessitam viver do seu trabalho. A cidadania para o trabalho se expressa no direito à ocupação digna, que contemple condições mínimas de proteção jurídica, segurança e igualdade, além de previsibilidade e permanência do trabalhador no mercado. O contrato de trabalho intermitente, pelas mesmas razões, viola o “Pacto San Salvador”, que possui status de suprallegalidade e é representativo do compromisso internacional com uma política interna consistente com o regime de emprego e com as condições concretas que possibilitam o incremento da condição social e profissional dos trabalhadores (Tese 27 – Comissão 3).

6.2 Trabalho Autônomo

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.

Trata-se de outro tipo de contratação extremamente polêmico, introduzido pela Reforma Trabalhista. Em verdade, a regulação da contratação de autônomo, com base na CLT é, no mínimo, imprópria, eis que o vínculo de natureza autônoma está enquadrado no capítulo do Código Civil que trata dos contratos de prestação de serviços (artigos 593 e seguintes).

A primeira observação quanto ao dispositivo supra diz respeito à prevalência dos aspectos formais em detrimento da realidade fática, quando se enfatiza o mero atendimento às **formalidades legais**, para tentar descaracterizar a relação de emprego. Pretende-se, assim, derogar o princípio da primazia da realidade, pedra angular para a interpretação das normas trabalhistas, e, em particular, para a caracterização do vínculo

de emprego, em vista da informalidade ínsita a esse tipo de vínculo, ao contrário do que ocorre no âmbito dos contratos regidos pelo código civil, onde prevalecem os aspectos formais.

O dispositivo, em apreço, não exclui a possibilidade de contratação de autônomo para funções relacionadas à atividade-fim do tomador de serviço. Antes dessa alteração, admitia-se que o autônomo fosse contratado para realizar tarefas relacionadas à atividade-meio do tomador de serviços e, excepcionalmente, à atividade-fim, desde que se tratassem de certas tarefas especializadas que justificassem a contratação temporária, sem o ânimo de se firmar contrato de emprego ou, no máximo, admitia-se a contratação, a prazo certo, para a realização dessas mesmas tarefas, nos termos do art. 443, da CLT, e seus parágrafos.

A questão da exclusividade era um dos fortes indícios para a caracterização da relação de emprego, em face de supostos contratos de autônomos. A MP 808/2017 vedava a possibilidade de celebração de cláusula de exclusividade na contratação de autônomo. Contudo, tendo perdido a sua vigência, sem que fosse analisada pelo Congresso, mantém-se o texto original do artigo sob comentário.

Constata-se, assim, que a Lei nº 13.467/2017, através do dispositivo em tela, criou a figura do autônomo permanente e exclusivo, aumentando o grau de dificuldade do operador do direito, no sentido de diferenciar o trabalho autônomo do trabalho subordinado. Afinal, o que poderá diferenciar a nova figura do autônomo exclusivo do empregado tradicional, eis que ambos estão inseridos na mesma estrutura empresarial, trabalhando lado a lado, e recebendo ordens do mesmo tomador de serviços?

Por meio da Portaria nº 349, de 24 de maio de 2018, o Ministério do Trabalho estabeleceu regras sobre contratação de autônomo e trabalho intermitente que estavam contidas na Medida Provisória 808/2017. O texto da mencionada Portaria reproduz trechos dessa Medida Provisória, dentre eles está o que permite contratar autônomos, com ou sem exclusividade. No caso em que o trabalhador autônomo preste serviço a um único tomador, isso não caracterizará, por si só, vínculo de emprego. Também se permite que o autônomo recuse atividades, sem que

isso seja considerado um descumprimento do contrato, tal como estava previsto na MP 808/2017.

O § 5º, do art. 1º, da citada Portaria, dispõe que, presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício e, portanto, descaracterizado o suposto contrato autônomo. Ou seja, resta o elemento da subordinação jurídica como traço distintivo entre o trabalho autônomo e o subordinado, posto que a personalidade e a não eventualidade (continuidade) também podem estar presentes no trabalho autônomo.

Sobre esse tema, vejamos os seguintes enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017):

TRABALHO AUTÔNOMO CONTÍNUO E EXCLUSIVO. LIMITES E INTERPRETAÇÃO CONFORME: INTELIGÊNCIA DO ART. 442-B DA CLT À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PRESUME-SE O VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIANTE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUA E EXCLUSIVA, UMA VEZ QUE A RELAÇÃO DE EMPREGO É DIREITO FUNDAMENTAL (ARTS. 1º, III E IV, 5º, CAPUT E 7º DA CF/1988), DEVENDO O ART. 442-B DA CLT SER INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA AFASTAR A CARACTERIZAÇÃO DO TRABALHO AUTÔNOMO SEMPRE QUE O TRABALHADOR, NÃO ORGANIZANDO A PRÓPRIA ATIVIDADE, TENHA SEU LABOR UTILIZADO NA ESTRUTURA DO EMPREENDIMENTO E INTEGRADO À SUA DINÂMICA (Comissão 4, Enunciado 3).

TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E ART. 9º DA CLT

TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A NORMA DO ARTIGO 442-B DA CLT NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO, QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DOS ARTIGOS 2º E 3º DA CLT E CONFIGURADO O DESVIRTUAMENTO DO TRABALHO AUTÔNOMO, COM FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO, À LUZ DO ART. 9º DA CLT (Comissão 4, Enunciado 1).

TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E PRIMAZIA DA REALIDADE

PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA. É A PRIMAZIA DA REALIDADE, E NÃO A FORMALIDADE EXTERIORIZADA DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS, QUE DEVE SER CONSIDERADA PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO (ARTS. 2º E 3º DA CLT) OU DE TRABALHO AUTÔNOMO (ART. 442-B DA CLT) (Comissão 4, Enunciado 2).

TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E FORMAS JURÍDICAS IRREAIS

O ARTIGO 442-B DA CLT NÃO PERMITE A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR CONSTITUÍDO SOB A FORMA DE PESSOA JURÍDICA, DE MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) E DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI), ENTRE OUTRAS, QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO (ARTS. 2º E 3º DA CLT) (Comissão 4, Enunciado 4).

Veja-se, também, a tese 41, comissão 3, do 19º CONAMAT (2018):

AUTÔNOMO EXCLUSIVO. DESPROFISSIONALIZAÇÃO. IMPEDIMENTO À SINDICALIZAÇÃO E À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO 98 DA OIT.

A redação dada pela reforma trabalhista ao art. 442-B da CLT, com a criação do autônomo exclusivo, de forma contínua ou não, prioriza a pejetização e gera a desprofissionalização das categorias, o que viola a Convenção 98 da OIT, alínea “a”, ao subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato. Nesse contexto, o art. 442-B da CLT deve ser interpretado no sentido da existência de contrato de trabalho, quando houver prestação de serviços de modo exclusivo ou não, com a ausência de autonomia e presença dos requisitos do contrato de trabalho (art. 9º, 2º e 3º da CLT), afastando-se a pejetização para possibilitar que o empregado faça jus aos benefícios previstos para a categoria profissional a qual pertence, valorizando a sua sindicalização e a negociação coletiva que traga condição mais benéfica aos trabalhadores.

Percebe-se uma justificada preocupação dos Juízes do Trabalho, expressa por meio do CONAMAT, quanto à possibili-

dade de expansão do trabalho autônomo, objetivando mascarar a relação de emprego e exonerar o empregador do cumprimento das suas obrigações trabalhistas. Não resta dúvida de que a norma em apreço constitui incentivo à pejotização e à desprofissionalização das categorias, além de afastar os trabalhadores da sindicalização e da negociação coletiva.

CAPÍTULO VII

TELETRABALHO – NOVA MODALIDADE DE TRABALHO A DISTÂNCIA

Foi introduzido o Capítulo II-A, ao Título II, da CLT, assim redigido:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo

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

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

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º oderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

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

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

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de pelo empregador.

Teletrabalho é uma espécie do gênero de trabalho a distância, cuja modalidade mais conhecida é o trabalho em domicílio. Caracteriza-se pela utilização de meios telemáticos e informatizados de comando e controle do trabalho do empregado. Pode ser realizado no domicílio do empregado, em telecentros ou mesmo de modo itinerante.

Por ser uma condição especial, deverão constar expressamente em contrato de trabalho as tarefas que serão realizadas pelo empregado, através do teletrabalho. Por mútuo acordo, poderá o empregado migrar do regime presencial para o de teletrabalho. O caminho inverso, contudo, poderá ser feito por determinação unilateral do empregador, devendo ser garantido, apenas, o prazo de 15 (quinze) dias de transição. Ambas as alterações devem ser registradas em aditivo contratual.

A referência a aditivo contratual significa que o "legislador reformista pretendeu que as atividades e o modo de execução do contrato, no âmbito do teletrabalho, sejam ajustadas por escrito" (MARTINEZ, 2018, p. 263).

Várias críticas têm sido lançadas em face da regulamentação do regime de teletrabalho. A primeira é a exclusão dos empregados submetidos a esse regime da disciplina do capítulo II, do título II, da CLT, que trata da duração máxima da jornada de trabalho. Esses foram enquadrados nas exceções contidas no art. 62, da CLT, que recebeu o acréscimo do inciso III, em razão de suposta incompatibilidade de se efetuar o controle de sua jornada de trabalho. Sem dúvida, há contradição com o disposto no art. 6º, parágrafo único, da CLT, com a redação que lhe deu a Lei nº 12.551/2011, que equiparou os meios telemáticos de comando, controle e supervisão do trabalho aos meios pessoais e diretos de controle.

Esse conflito foi apontado pelo 19º CONAMAT (2018), conforme se lê na Tese 22, da Comissão 3. Vejamos:

Ora, é contraditório que a Lei reconheça e legitime a capacidade das novas tecnologias em permitir o controle da prestação de serviços, o que logicamente inclui o registro e o armazenamento dos dados relativos a horários de início e término; mas, simultaneamente, desvirtue a natureza jurídica do teletrabalho, tratando-o como uma exceção análoga à do prestador de serviço externo incompatível com a fixação de uma jornada de trabalho. Tal conflito deve, pois, ser dirimido à luz do princípio tutelar da norma mais favorável ao trabalhador, espinha dorsal do ordenamento trabalhista, com evidente vantagem para o *caput* e o parágrafo único do art. 6º da CLT.

No mesmo sentido, o seguinte Enunciado da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), *in verbis*:

TELETRABALHO. HORAS EXTRAS.

São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, "e", "g" e "h" protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais ("Protocolo de San Salvador"), promulgado pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 da OIT (Enunciado Aglutinado nº 2 da Comissão 6).

Por outro lado, as disposições contidas no Capítulo II-A, acrescido pela reforma, podem acarretar a transferência dos riscos da atividade econômica para o empregado, quando, por exemplo, remetem para o acordo individual entre empregado e empregador a regulamentação quanto **"as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto"** (Art. 75-D).

Embora o *caput* do art. 75-D mencione a possibilidade do acordo individual regular o ressarcimento das despesas com os equipamentos utilizados pelo empregado, não podem restar quaisquer dúvidas quanto à impossibilidade do obreiro arcar com custos relativos à prestação dos serviços na modalidade de

teletrabalho, sob pena de serem transferidos os riscos da atividade empresarial ao empregado.

Observar o Enunciado Aglutinado nº 1, da Comissão 6, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), *in verbis*:

TELETRABALHO. CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS.

O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT (Enunciado Aglutinado nº 1 da Comissão 6).

No mesmo sentido, a Tese 25, da Comissão 3, do 19º CO-NAMAT (2018), cujo ementa é:

Tema: Teletrabalho

A interpretação do artigo 75-D da CLT deve ser feita de forma sistêmica, sendo que o contrato escrito pode dispor sobre a forma de custeio dos equipamentos e da infraestrutura necessários ao labor pelo empregador, bem como sobre a forma de reembolso das despesas eventualmente feitas pelo empregado, não sendo possível transferir ao empregado os custos do labor realizado em regime de teletrabalho, em atenção ao disposto no artigo 2º, caput, da CLT.

Outro aspecto polêmico diz respeito à questão dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho. Não pode o empregador ser eximido de responsabilidade, em virtude de não ter adotado as medidas para manter o ambiente de trabalho hígido, pelo cumprimento do disposto nas NR-07, NR-09, NR-15 e NR-16, entre outras normas de caráter administrativo. A simples assinatura, pelo empregado, de termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador quanto àqueles riscos, não pode eximi-lo da responsabilidade decorrente de doenças e acidentes do trabalho, adquiridas na modalidade de teletrabalho. Essa é a conclusão do Enunciado aglutinado nº 3, da Comissão 6, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017), *in verbis*:

TELETRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR DANOS.

A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil (Enunciado Aglutinado nº 3 da Comissão 6).

Observar a Tese 24, da Comissão 3, do 19º CONAMAT(2018), *in verbis*:

Entende-se que o acidente ocorrido no local onde o teletrabalho é exercido durante a atividade profissional do teletrabalhador é presumido como um acidente de trabalho para fins previdenciários.

A Lei nº 13.467 de 2017, ao inserir a regulamentação do teletrabalho na CLT, deixou inúmeras situações fáticas sem tratamento legal. Como exemplo, pode-se mencionar a questão do acidente de trabalho no teletrabalho.

Nesse caso, para suprir a lacuna normativa, invoca-se o art. 8º da CLT, que autoriza o intérprete a buscar no direito comparado respostas para solução de casos concretos.

Como se vê, diversas situações não previstas ou regulamentadas na Lei nº 13.467/2017, quanto ao teletrabalho, deverão ser dirimidas pela Justiça Especializada, mormente no que se refere à jornada extraordinária, custeio e manutenção de equipamentos e responsabilidade por danos decorrentes de acidente de trabalho.

CAPÍTULO VIII

EXCLUSÃO DA NATUREZA SALARIAL DE PARCELAS CONTRATUAIS TRABALHISTAS

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.

§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

§ 3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 2017).

§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

Antes da reforma, várias parcelas concedidas ao empregado, em virtude do contrato de trabalho, tinham natureza salarial, tais como: comissões, percentagens, adicionais, gratificações legais e ajustadas (contratadas), diárias para viagem, ajudas de custo, abonos, prêmios, etc. Ao lado do valor fixo pago diretamente pelo empregador ao empregado (salário em sentido estrito), essas parcelas compunham o denominado complexo salarial, integrando o conceito de salário, em sentido amplo.

As diárias e as ajudas de custo adquiriam natureza salarial, desde que o seu valor fosse superior a 50% do salário mensal. Os abonos também tinham natureza salarial, salvo se a norma instituidora disciplinasse de modo diverso. O auxílio-alimentação somente deixava de ter natureza salarial quando fornecido por meio do Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT).

Contudo, após a reforma, apenas a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador compreendem-se no conceito de salário.

O § 2º, do art. 457, retira a natureza salarial da ajuda de custo, independentemente, do seu valor, do auxílio-alimentação, diárias para viagem, independentemente do seu valor, prêmios e abonos, abrindo larga margem para que o empregador utilize essas parcelas para pagar salário, de maneira camuflada, sem a incidência de FGTS e quaisquer tributos.

A MP 808/2017 incluía a gratificação de função no rol das parcelas integrativas do salário, bem como limitava a 50% do salário mensal o valor da ajuda de custo. Também mantinha a natureza salarial do abono, deixando de mencionar essa parcela no § 2º, do art. 457.

A gratificação de função merece um comentário específico. É que, em virtude do disposto na **Súmula 372, do TST**, essa gratificação seria incorporada ao complexo salarial do empregado, na hipótese desse ter ocupado função de confiança por 10 (dez) ou mais anos, ininterruptos ou não, e ter revertido para o cargo efetivo, sem justo motivo, por determinação do empregador. Em razão de expressa previsão legal (§ 2º, do art. 468, da CLT, acrescido pela Lei nº 13.467/2017), essa gratificação não mais se incorpora à remuneração do obreiro, independente do tempo que a tenha percebido.

A nova redação do § 1º, do art. 457, não menciona os adicionais legais (insalubridade, periculosidade, noturno), sendo inquestionável a sua natureza salarial, segundo o entendimento da melhor doutrina e da jurisprudência dos tribunais trabalhistas, ostentando a natureza de salário-condição. Vejam-se, a propósito, as seguintes súmulas do TST:

Súmula nº 139 do TST

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 102 da SBDI-1)

Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração para todos os efeitos legais.

Súmula nº 132 do TST

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INTEGRAÇÃO (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 174 e 267 da SBDI-1)

I - O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras

II - Durante as horas de sobreaviso, o empregado não se encontra em condições de risco, razão pela qual é incabível a integração do adicional de periculosidade sobre as mencionadas horas.

O § 1º, do art. 457, não pode e não deve ser interpretado de maneira literal, pois existem parcelas outras que, por serem habituais, decorrerem do trabalho prestado por conta alheia, tem típica natureza salarial, como os adicionais legais e as gratificações convencionadas. Até mesmo as parcelas elencadas no § 2º, do mencionado dispositivo, podem adquirir natureza salarial, desde que não sejam instrumento (parcela instrumental) a propiciar condições para a execução do contrato ou não se refiram a situações excepcionais ao cotidiano da relação de emprego.

No sentido de que o rol do § 1º, do art. 457, é meramente exemplificativo, veja-se o seguinte Enunciado aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017):

Comissão 2, Enunciado 3 (Aglutinado): PARCELAS REMUNERATÓRIAS SOB A LEI nº 13.467/2017

1. EXPRESSÃO 'AINDA QUE HABITUAL' CONSTANTE DO § 2º DO ART. 457, DA CLT, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467/17. A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 195, I E 201, CAPUT E § 11, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL REVELA QUE A CONTRIBUIÇÃO

SOCIAL INCIDE SOBRE OS GANHOS HABITUAIS, A QUALQUER TÍTULO, PARA SE PRESERVAR O EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO RGPS - REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COM IGUAL RAZÃO, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 457, § 2º, DA CLT, EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO, DENOTA QUE NÃO IMPORTA O TÍTULO ATRIBUÍDO PELO EMPREGADOR À PARCELA, PORQUANTO, PARA TER NATUREZA JURÍDICA SALARIAL, BASTA QUE ELA SEJA HABITUAL E DECORRENTE DO TRABALHO PRESTADO POR CONTA ALHEIA, SENDO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO O ROL DO § 1º E ADMITINDO-SE OUTRAS PARCELAS SALARIAIS, TAIS COMO ADICIONAIS, IMPORTÂNCIAS VARIÁVEIS E GRATIFICAÇÕES LEGAIS E CONVENCIONAIS. A NÃO INTEGRAÇÃO NA REMUNERAÇÃO DAS PARCELAS RELACIONADAS NO ART. 457, §§ 2º E 4º, DA CLT DEPENDE DE QUE EFETIVAMENTE SIRVAM A PROPICIAR CONDIÇÕES PARA REALIZAÇÃO DO TRABALHO OU SE REFIRAM A SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS AO COTIDIANO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

2. PRÊMIOS. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO A DESEMPENHO PROFISSIONAL DIFERENCIADO. A CONCESSÃO HABITUAL DE PRÊMIOS, DESVINCULADA DO REQUISITO DE DESEMPENHO PROFISSIONAL SUPERIOR AO ORDINARIAMENTE ESPERADO (ART. 457, § 4º, DA CLT), CONSTITUI FRAUDE (ART. 9º, CLT), INTEGRANDO A REMUNERAÇÃO DO EMPREGADO A PARCELA PAGA FORA DOS PRECEITOS LEGAIS.

Entendemos que a complexidade das relações de trabalho e a criatividade dos contratantes não cabem na estreita definição das parcelas de natureza salarial, nos termos do disposto no § 1º, do art. 457. Compreendemos que quaisquer parcelas que enfeixem as características principais do salário, deverão ser consideradas como parcelas de natureza salarial.

Existem súmulas do STF e TST que consideram a natureza salarial de outras parcelas concedidas no contexto da relação empregatícia. Veja-se:

SÚMULA 207 do STF

As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário.

Súmula nº 203 do TST

GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA SALARIAL

A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais.

Súmula nº 247 do TST

QUEBRA DE CAIXA. NATUREZA JURÍDICA

A parcela paga aos bancários sob a denominação “quebra de caixa” possui natureza salarial, integrando o salário do prestador de serviços, para todos os efeitos legais.

Súmula nº 152 do TST

GRATIFICAÇÃO. AJUSTE TÁCITO

O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito.

O § 3º, do art. 457, a par de pequena alteração de redação, promovida pela **Lei nº 13.419/2017**, manteve a natureza jurídica da gorjeta. Trata-se de parcela paga por terceiro ao empregado, em virtude dos serviços prestados, em decorrência do contrato de trabalho. Nos termos do *caput* do art. 457, a remuneração é composta por parcelas salariais, essas pagas diretamente pelo empregador ao empregado, e pelas gorjetas pagas por terceiros. Desse modo, a gorjeta é uma parcela tipicamente remuneratória, não detendo, contudo, natureza salarial.

Nos termos da **Súmula 354, do TST**, as gorjetas integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado. Contudo, o FGTS incide sobre o valor das gorjetas, bem como o cálculo do 13º salário deve levar em consideração a média das gorjetas recebidas pelo empregado.

Art. 458.....

§ 5º O valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integram o salário do empregado para qualquer efeito nem o salário de contribuição, para efeitos do previsto na alínea q do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

O *caput* do art. 458 dispõe sobre o pagamento do salário in natura, também denominado salário-utilidade, que se caracteriza quando o empregador fornece ao empregado determinados bens ou serviços, a título de contraprestação salarial. Como regra, desde que evidenciado esse caráter contraprestativo, essas utilidades são parte integrante do salário, para todos os efeitos legais.

Contudo, ao longo do tempo, diversas dessas utilidades perderam a natureza de salário-utilidade, em razão de alterações legislativas ou por força de mudança na orientação jurisprudencial das cortes trabalhistas. Exemplo disso foi a inclusão do § 2º ao artigo 458, da CLT, através da **Lei nº 10.243/2001**. Com essa alteração, deixaram de ter natureza de salário-utilidade o auxílio-educação, transporte fornecido pelo empregador, assistência médica, hospitalar e odontológica, seguro de vida e acidente, parcelas de previdência privada. O valor do vale-cultura foi incluído pela Lei nº 12.761/2012.

O § 5º, acrescentado pela Lei nº 13.467/2017, complementa e reforça o contido no inciso IV, do § 2º, para esclarecer que além da assistência médica, hospitalar e odontológica, não se considera salário-utilidade o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas.

SÚMULAS RELATIVAS AO CAPÍTULO VIII:

DO TST: 372, 139, 132, 203, 247, 152, 354

DO STF: 207

CAPÍTULO IX

DIFICULTANDO O RECONHECIMENTO DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Nessa matéria, as alterações foram profundas, de modo que será praticamente impossível obter o direito à equiparação salarial, em razão dos inúmeros requisitos a serem atendidos, concomitantemente.

Inicialmente, houve uma alteração importante no *caput*, embora sutil. Pela redação anterior, gerava direito à equiparação salarial o trabalho prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade. Substituiu-se o termo “*mesma localidade*” por mesmo “*estabelecimento empresarial*”. Mesma localidade era entendida por mesmo município ou região metropolitana, segundo a Súmula 06, do TST. Assim, garantia-se uma padronização salarial mínima para empregados que executassem trabalho com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica (trabalho de igual valor), na mesma localidade.

A alteração ora analisada implica na redução da incidência de hipóteses de equiparação salarial, tendo em vista que, em um único município ou região metropolitana, podem existir vários estabelecimentos empresariais do mesmo empregador. Nesse caso, esse ficará livre para adotar salários diferentes para idênticas funções em cada um dos estabelecimentos, o que não seria possível, pelo critério anterior (LIMA; LIMA, 2017).

No parágrafo primeiro, a nova redação distingue tempo na função de tempo de serviço, o que não ocorria anteriormente (tal distinção estava prevista na Súmula nº 06, do TST). A diferença de tempo de serviço entre paradigma e paragonado, para o mesmo empregador, não pode ser superior a quatro anos (antes eram dois anos), e a diferença de tempo na função não pode ser superior a dois anos (antes o tempo de serviço deveria ser entendido como tempo na função, conforme a Súmula nº 06, do TST).

Interpretando a redação anterior do parágrafo primeiro, o TST entendia (inciso II, Súmula nº 06) que se contava o tempo na função, e não no emprego. Com a nova redação, fez-se a distinção entre tempo de serviço e tempo na função, exigindo-se tempo mínimo, para cada uma das situações, conforme visto acima. Entendemos que os requisitos são cumulativos, ou seja, ausente um deles o empregado não faz jus à equiparação salarial.

O parágrafo segundo traz uma alteração extremamente perigosa para os trabalhadores. É que, pela regra anterior, excluía-se o direito à equiparação salarial, se o empregador tivesse os seus empregados organizados em quadro de carreiras (plano de cargos), **desde que tais planos fossem homologados pelo Ministério do Trabalho, conforme entendimento pacificado no âmbito do TST (Súmula 06, inciso I)**. A alteração promovida dispensa **“qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.”**

A nova regra pode fomentar a elaboração indiscriminada de planos de cargos, no estilo copiar/colar, para se evitar pedidos de equiparação salarial, sem quaisquer controles por parte do Poder Público, mormente se tais planos forem instituídos por norma interna (regulamento empresarial). Se o plano de cargos for instituído por instrumento normativo coletivo, competirá à entidade sindical profissional zelar pela fixação de critérios justos de razoáveis, no que diz respeito às promoções e progressões funcionais.

No parágrafo terceiro, outra mudança importante. Pela redação anterior, tendo a empresa adotado plano de cargos e carreiras, as promoções deveriam obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento, alternadamente. Pela nova redação, as promoções poderão ser feitas por apenas um dos critérios supramencionados, o que abre a possibilidade de se privilegiar a promoção por mérito, cujos requisitos, na maioria das vezes, são subjetivos.

O parágrafo quarto permaneceu inalterado.

Foram acrescentados os parágrafos quinto e sexto.

O parágrafo quinto veda a indicação de paradigma remoto, o que era admitido pela Súmula 06, do TST, na hipótese de equiparação salarial em cadeia. O parágrafo sexto estipula uma multa, no valor de 50% do limite máximo dos benefícios do RGPS, na hipótese de discriminação em virtude de sexo ou etnia.

Em nossa opinião, a multa fixada no § 6º não se confunde com indenização por dano moral, pois essa não pode ser tarifada, e deve ser aplicada a todas as hipóteses contidas no caput do art. 461, e não apenas nas hipóteses de discriminação por motivo de sexo ou etnia.

A Súmula nº 06 do TST regulamentava a equiparação salarial, ao lado do art. 461, da CLT. As alterações promovidas nesse artigo atingiram diversos dispositivos dessa Súmula.

Vejamos a redação atual da Súmula 06:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente (ex-Súmula nº 06 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000).

II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego (ex-Súmula nº 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982).

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003).

IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita (ex-Súmula nº 22 - RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970).

V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante (ex-Súmula nº 111 - RA 102/1980, DJ 25.09.1980).

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato.

VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 - DJ 11.08.2003).

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977).

IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

X - O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 - inserida em 13.03.2002).

Em nossa opinião, em virtude da nova redação do art. 461, da CLT, restaram revogados ou prejudicados os seguintes incisos da Súmula 06: I, II, VI e X, permanecendo íntegros os demais.

SÚMULA RELATIVA AO CAPÍTULO IX:

Súmula nº 06

CAPÍTULO X

RESTRICÇÕES À INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I - a natureza do bem jurídico tutelado;

- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;**
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;**
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;**
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;**
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;**
- VII - o grau de dolo ou culpa;**
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;**
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;**
- X - o perdão, tácito ou expresso;**
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;**
- XII - o grau de publicidade da ofensa.**

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;**
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;**
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;**
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.**

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização

Vários questionamentos são lançados em face dos dispositivos inseridos na CLT, relativos aos danos extrapatrimoniais. Vejamos os principais:

A) Exclusividade da utilização das regras contidas nesse Título para apurar a *reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho* (art. 223-A).

Não se pode tolher a atividade hermenêutica do Juiz do Trabalho, impondo a aplicação unicamente das regras contidas nesse Título (LIMA; LIMA, 2017). Outrossim, não se pode olvidar que, nos termos do § 1º, do art. 8º, da CLT, o direito comum é fonte subsidiária do Direito do Trabalho.

Por outro lado, a interpretação literal do dispositivo acarretaria tratamento discriminatório ao trabalhador, em relação a outras pessoas vítimas de danos extrapatrimoniais. Ou seja, diante de atitudes ofensivas e discriminatórias de mesma natureza, o obreiro receberia tratamento diferenciado, pelo simples fato da ofensa decorrer da relação de trabalho ou da sua condição de trabalhador.

Criticando o isolacionismo jurídico preconizado pela art. 223-A, assevera Delgado (2019, p.786-787):

A interpretação das regras fixadas no novo Título II-A da CLT, integrado pelos arts. 223-A a 223-G, não pode ser, naturalmente, meramente literalista, devendo observar, sem dúvida, os métodos científicos de interpretação jurídica, tais como o lógico-racional, o sistemático e o método teleológico. Dessa maneira, será possível harmonizarem os preceitos inseridos, em dezembro de 2017, na CLT, com o conjunto jurídico mais amplo, inclusive estampado na Constituição da República, nos diplomas internacionais sobre Direitos Humanos subscritos pelo Brasil (e que aqui ingressam com status de norma supralegal) e nos demais diplomas normativos que regulam a matéria, sejam situados dentro do Direito do Trabalho (como, por exemplo, as Leis n.ºs. 9029/1995 e 9799/1999), sejam situados fora do Direito do Trabalho (Código Civil de 2002, por exemplo), porém aplicáveis à regência dos danos mo-

rais, inclusive estéticos, e, nessa medida, às relações trabalhistas.

No mesmo sentido, o Enunciado 5, da Comissão 2, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual (2017), *in verbis*:

DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS

APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. A ESFERA MORAL DAS PESSOAS HUMANAS É CONTEÚDO DO VALOR DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CF) E, COMO TAL, NÃO PODE SOFRER RESTRIÇÃO À REPARAÇÃO AMPLA E INTEGRAL QUANDO VIOLADA, SENDO DEVER DO ESTADO A RESPECTIVA TUTELA NA OCORRÊNCIA DE ILICITUDES CAUSADORAS DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES LABORAIS. DEVEM SER APLICADAS TODAS AS NORMAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE POSSAM IMPRIMIR, NO CASO CONCRETO, A MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 5º, V E X, DA CF). A INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 223-A DA CLT RESULTARIA EM TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO INJUSTO ÀS PESSOAS INSERIDAS NA RELAÇÃO LABORAL, COM INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AOS ARTS. 1º, III; 3º, IV; 5º, CAPUT E INCISOS V E X E 7º, CAPUT, TODAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

B) O art. 223-B suscita dois questionamentos importantes. O primeiro é a limitação do conceito do dano extrapatrimonial à aferição de culpa ou dolo do ofensor (responsabilidade subjetiva), deixando de considerar as variadas hipóteses de responsabilidade objetiva, que independe dessa aferição, sobretudo nas atividades de risco, nos termos do disposto no parágrafo único, do art. 927, do Código Civil Brasileiro.

Outra questão importante diz respeito à atribuição de **titularidade exclusiva do direito à reparação** apenas à pessoa ofendida. Em verdade, em caso de morte do empregado, a reparação pode ser postulada pelo cônjuge ou companheiro e pelos sucessores, nos termos do art. 12, do CC.

C) A relação de **bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física** contida no art. 223-C é meramente exemplificati-

va e não taxativa. A própria MP 808/2017, que não foi votada pelo Congresso e perdeu sua vigência e eficácia, incluía outros bens, tais como, a etnia, a nacionalidade, a idade, o gênero e a orientação sexual.

Os direitos de personalidade capitulados nos arts. 11 a 21 do CC são irrenunciáveis e intransigíveis. A própria Constituição Federal, ao elencar os objetivos fundamentais da República, utiliza a expressão genérica “**quaisquer outras formas de discriminação**” (art. 3º, IV).

Quanto a esse ponto, veja-se o seguinte enunciado aprovado na 2ª **Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017)**:

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES

É DE NATUREZA EXEMPLIFICATIVA A ENUMERAÇÃO DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DOS TRABALHADORES CONSTANTE DO NOVO ARTIGO 223-C DA CLT, CONSIDERANDO A PLENITUDE DA TUTELA JURÍDICA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, COMO ASSSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTIGOS 1º, III; 3º, IV, 5º, CAPUT, E § 2º) (Comissão 2, Enunciado 6 (Aglutinado)).

D) A tarifação da indenização decorrente do dano extrapatrimonial, contida no § 1º, do art. 223-G, tem sido duramente criticada pela doutrina e pelos Juízes do Trabalho.

Essa tarifação já fora declarada inconstitucional pelo STF no caso de danos morais previstos na Lei de Imprensa, no julgamento do **RE 396.386**, Relator Ministro Carlos Veloso. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. **RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com**

esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - deixando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido." (RE 396.386; Rel. min. Carlos Velloso, DJ 13.08.2004).

O STF entendeu, portanto, que o critério de tarifação do valor da indenização não se harmoniza com a proporcionalidade preconizada pelos incisos V e X, do art. 5º, da Constituição Federal. É de todo evidente que os fundamentos da decisão supratranscrita se encaixam como uma luva à interpretação do disposto no § 1º, do art. 223-G, sob comento.

Outrossim, o STJ já sumulou essa matéria:

Sumula 281 STJ:

"A indenização de dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa"

Por outro lado, a tarifação da indenização por danos morais levará a uma drástica redução dos valores indenizatórios decorrentes de dano extrapatrimonial, no âmbito laboral, sobretudo em casos de acidente do trabalho e doenças do trabalho.

A questão da tarifação da indenização por danos morais decorrentes da relação de trabalho é objeto de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, destacando-se a **ADI 5870**, interposta pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), que a ainda aguarda decisão da Suprema Corte.

E) O art. 223-E, se interpretado literalmente, pode excluir o empregador da obrigação de reparar o dano, eis que vincula essa reparação à colaboração proporcional do ofensor, em virtude de ação ou omissão. Contudo, deve-se aplicar o disposto no art. 932, do Código Civil, que atribui responsabilidade ao em-

pregador, por seus empregados e/ou prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele.

F) O art. 223-F decorre de regra inscrita na Constituição Federal (art. 5º, incisos V e X), sendo perfeitamente possível a cumulação de pedidos de indenização por danos extrapatrimoniais(morais) e danos materiais, pois apresentam naturezas diversas.

CAPÍTULO XI

FLEXIBILIZANDO AS NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO

11.1 Mulher e atividade insalubre

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

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

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

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

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do 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.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Esse dispositivo é criticado até pelos defensores da reforma trabalhista. De fato, submeter a gestante ou a lactante ao

trabalho em ambiente insalubre atenta contra a proteção especial dispensada à própria mulher, ao nascituro e à criança, pelo nosso ordenamento jurídico.

Pela redação anterior, era imperativo o afastamento da gestante e da lactante de atividades insalubres, **em qualquer grau**, devendo exercer suas atividades em locais salubres. A nova regra manteve essa exigência em relação à gestante, apenas quanto às atividades consideradas **insalubres em grau máximo**; quanto às de grau médio ou mínimo, o afastamento passaria a depender de atestado médico que recomende o afastamento. No que diz respeito à lactante, independentemente do grau de insalubridade, o afastamento passaria a depender de atestado médico que recomende o afastamento durante a lactação.

Veja-se, a propósito, a redação do Enunciado 2, da Comissão 4, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual:

TRABALHADORA GESTANTE E LACTANTE. ART. 394-A DA CLT

A AUTORIZAÇÃO LEGAL PERMITINDO O TRABALHO DA GESTANTE E LACTANTE EM AMBIENTE INSALUBRE É INCONSTITUCIONAL E INCONVENCIONAL PORQUE VIOLADORA DA DIGNIDADE HUMANA, DO DIREITO À REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO, DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO NASCITURO E À CRIANÇA E DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE. ADEMAIS, O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL É DIREITO FUNDAMENTAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, REVESTIDO DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 1º, III; 6º; 7º, XXII; 196; 200; 201, II; 203, I; 225; 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; CONVENÇÃO 103 E 183 DA OIT; ARTS. 25, I E II DA DUDH.

Ratificando a inconstitucionalidade preconizada pela doutrina, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da **ADI 5938-DF**, declarou a inconstitucionalidade da expressão **"quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento"**, contida nos incisos II e III, do art. 394-A.

Na prática, após a decisão do STF, prolatada em maio de 2019, a empregada gestante ou lactante deverá ser afastada de quaisquer atividades insalubres, independentemente, da carac-

terização do seu grau (máximo, médio ou mínimo), dispensando-se a apresentação de atestado médico.

Sendo afastada, e não sendo possível exercer suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese é considerada como gravidez de risco, passando a perceber salário-maternidade, nos termos do § 3º, do art. 394-A, da CLT. Nesse caso, passa a receber o salário integral, pois o salário maternidade não se submete ao teto dos benefícios previdenciários (art. 72, da Lei nº 8213/91). O salário maternidade é pago diretamente pela empresa, podendo compensar a quantia correspondente com as contribuições devidas sobre a folha de pagamento. No caso de empregada doméstica, avulsa e a segurada adotante, essas recebem diretamente da previdência social. Entendemos que esse afastamento se caracteriza como período de interrupção contratual, tendo em vista que a empregada continua a perceber a sua remuneração integral, inclusive com o adicional de insalubridade, contando-se o tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que esse complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.

§ 1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

§ 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

Foi alterada a redação do caput desse artigo para estender à adotante o direito aos intervalos para amamentação. O antigo parágrafo único foi convertido em § 1º, sem alteração de redação. Já o § 2º é inteiramente novo e traz a possibilidade de definição dos intervalos, por meio de acordo individual entre a mulher e o empregador. Entendemos que a flexibilização franqueada às partes refere-se à modulação dos períodos de descanso, previstos no caput, dentro da jornada de trabalho, sendo vedada a redução desses períodos. Ou seja, a mulher tem direito a, pelo menos, uma hora de descanso para amamentar o filho(a), podendo esse intervalo ser usufruído de acordo com o que for pactuado entre as partes.

11.2 Prorrogação da jornada nas atividades insalubres, sem licença prévia, na jornada de 12x36

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

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

Foi mantida a redação do *caput* da norma, em apreço, sendo acrescentado o parágrafo único, supra. Trata-se de uma incongruência, tendo em vista que a jornada de 12x36 é excepcional, trazendo danos à saúde do trabalhador. Prorrogar essa jornada, sem autorização prévia das autoridades competentes, certamente, aumentará o risco de acidente de trabalho e doenças relacionadas ao trabalho. Desse modo, por se tratar de matéria de saúde e segurança do trabalho (art. 7º, XXII, da C.F) o dispositivo deve ser considerado inconstitucional.

Ressalte-se que, o art. 611-A, inciso XIII, da CLT, faculta, mediante negociação coletiva, a prorrogação da jornada em ambiente insalubre, independentemente, da licença prévia da autoridade competente. Tal regra também deve ser declarada inconstitucional, por se tratar de norma que pode trazer consequências deletérias para a saúde dos trabalhadores. Voltaremos a esse tópico quando tratarmos das alterações promovidas no âmbito das Normas de Direito Coletivo.

11.3 Fracionamento das férias em até três períodos

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.

§ 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.

§ 2º (Revogado).

§ 3º É vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

Foi alterado o § 1º para permitir o fracionamento das férias em até três períodos. Pela redação anterior, **somente em casos excepcionais**, as férias poderiam ser fracionadas em dois períodos, sendo que um deles não poderia ser inferior a dez dias corridos.

As regras sobre duração do trabalho e intervalos da jornada são consideradas como normas de saúde e segurança do trabalho. Desse modo, quaisquer normas que reduzam ou limitem a fruição desses descansos são prejudiciais à saúde do trabalhador.

Revogado o § 2º, que vedava o fracionamento das férias para menores de 18 anos e maiores de 50 anos. Tal alteração pode ser considerada prejudicial, sobretudo em relação ao menor de 18 anos, que tem direito de fazer coincidir suas férias com as férias escolares (§ 2º, art. 136, CLT).

Acrescentado o § 3º, que veda o início das férias nos dias que antecedem feriados e dias de repouso. Aqui, consideramos positiva a alteração, tendo em vista que muitas vezes o empregador fazia coincidir o início do período de gozo de férias com data imediatamente anterior aos dias de repouso obrigatório ou de feriados.

CAPÍTULO XII

AMPLIANDO AS HIPÓTESES DE TERCEIRIZAÇÃO

Lei nº 6.019/74, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.429/2017 (Terceirização) e Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)

12.1 Definição

Lei nº 6019/74:

Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017).

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

Art. 3º - É reconhecida a atividade da empresa de trabalho temporário que passa a integrar o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o art. 577, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras em-

presas temporariamente (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017).

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços (incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante (incluído pela Lei nº 13.429, de 2017).

O art. 1º, com a redação da Lei nº 13.429/2017, faz a distinção entre empresa de trabalho temporário e empresa de prestação de serviços, ao anunciar que as relações de trabalho em ambas regem-se pelos dispositivos desta norma legal. Na sua redação original, a Lei nº 6.019/74, regulamentava, apenas, o trabalho temporário.

O art. 2º define trabalho temporário como *“aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.”*

Houve uma melhora na redação do *caput* do artigo, em tela, para esclarecer que o empregado é contratado pela empresa de trabalho temporário para atender à demanda do tomador dos serviços, no sentido de substituição de seu pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. A substituição de pessoal permanente ocorre quando, por exemplo, o empregador necessita contratar um empregado para substituir outro que está em gozo de férias ou licença médica.

O § 2º, do art. 2º, define a demanda complementar de serviços como sendo aquela oriunda de *“fatores imprevisíveis ou,*

quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal." Podemos compreender o fator imprevisível como motivo de força maior, tal como definido no art. 501, da CLT. O exemplo de um fator previsível, de natureza, periódica ou sazonal, seria a contratação de empregados para fazer face ao aumento de vendas no período natalino. A redação anterior utilizava a expressão "*acréscimo extraordinário de serviço*", sem defini-la, deixando para o intérprete fazê-lo.

O art. 4º, define a empresa de trabalho temporário como "*a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.*" A diferença é que, no texto anterior, se admitia que a pessoa física exercesse essa atividade empresarial, enquanto na redação atual apenas a pessoa jurídica pode exercê-la, desde que devidamente registrada no Ministério do Trabalho, com o fim específico de colocar trabalhadores à disposição de outras empresas, em caráter temporário.

O art. 4º-A, com a redação da Lei nº 13.429/2017, definia a empresa prestadora de serviços como "*a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.*" Esse conceito realçava o sujeito da prestação de serviços, qual seja, a empresa prestadora de serviços a terceiros. Além disso, fazia referência a serviços determinados e específicos, indicando que não poderia ser qualquer serviço ou atividade da empresa contratante.

A nova redação do art. 4º-A, trazida pela Lei nº 13.467/2017, deixa claro que a contratante pode transferir à contratada - pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços - quaisquer de suas atividades, inclusive a sua atividade principal (atividade-fim). Ou seja, a norma privilegia o conceito da atividade (prestação de serviços a terceiros), não definindo propriamente a empresa de prestação de serviços a terceiros.

O art. 5º da Lei nº 6.019/74, com a redação que lhe deu a Lei nº 13.429/2017, define a **empresa tomadora de serviços** como a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º, ou seja, com a empresa de trabalho temporário. Por outro lado, foi acrescido o art. 5º-A, pela Lei nº

13.467/2017, conceituando o **contratante** como a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de **serviços relacionados a quaisquer de suas atividades**.

A franquia para a terceirização de todas as atividades da empresa contratante, inclusive da sua atividade-fim, gerou fortes críticas por parte dos doutrinadores trabalhistas e do movimento sindical, em razão da possibilidade concreta de termos uma empresa constituída, apenas, por trabalhadores terceirizados.

Tamanha amplitude para a terceirização, atingindo a própria atividade principal do tomador de serviços, entra em choque com a matriz da Constituição da República, onde

“não cabem mecanismos de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional do País, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontroláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais. (DELGADO, 2019, p. 554).

A possibilidade de terceirização de todas as atividades empresariais da contratante foi taxada de inconstitucional pelos Juízes do Trabalho, reunidos no 19º CONAMAT (2018), conforme se lê nas seguintes teses da Comissão 3:

“É inconstitucional a terceirização da atividade permanente da empresa, excetuada a hipótese do trabalho temporário. A teor do art.5º-A da Lei n. 6.019/1974, a terceirização de atividade-meio torna-se igualmente ilícita quando:(a) a prestadora de serviços não exerce atividade empresária típica (p. ex., “laranjas”);(b)a prestadora de serviços não é sociedade empresária ou não pode exercer atividade empresária típica (p. ex., associações civis e cooperativas em geral); e (c)a prestadora de serviços não detém idoneidade econômica para suportar os encargos trabalhistas e previdenciários ordinários decorrentes da atividade contratada. Em to-

dos esses casos, tomadora e prestadora responderão solidariamente pela reparação de ofensa ou violação a direitos laborais (TESE 32).

EMENTA: REFORMA TRABALHISTA. TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRI- TA. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional o art. 4º-A da Lei 6.019/74, na disciplina da terceirização irrestrita, por violar: o princípio da vedação ao retrocesso social, pois se traduz em mera intermediação de mão-de-obra para redução de encargos e direitos trabalhistas; o princípio da isonomia, por permitir a desigualdade salarial entre terceirizados e empregados diretos no exercício da mesma função; o princípio geral de livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública, ao possibilitar que terceirizados possam passar a exercer a função de servidores estatutários ou empregados públicos, além de estimular a rotatividade da mão-de-obra, em contradição com o sistema constitucional de regras de proteção ao emprego (TESE 33).

Contudo, o STF apreciou essa questão, em agosto de 2018, e decidiu ser **constitucional a terceirização de quaisquer atividades do tomador de serviços**, nos autos da ADPF 324/DF e do RE 958.252/MG, com repercussão geral.

Foram acrescentados dois parágrafos ao art. 4º-A. O primeiro esclarecendo que os serviços contratados à empresa de prestação de serviços podem ser executados diretamente pelos trabalhadores dessa, ou por meio da subcontratação de outras empresas, o que caracteriza a **quarteirização**. A consequência dessa prática será o aumento indefinido da cadeia de contratados e/ou subcontratados para a realização de um mesmo serviço.

A possibilidade de sucessivas contratações e subcontratações reforça a crítica mencionada anteriormente, posto que torna difícil identificar a responsabilidade por eventuais créditos trabalhistas não satisfeitos e a própria identificação pelo trabalhador, de quem seja o seu real empregador dentro da cadeia de contratação.

O segundo parágrafo realça o que já era o entendimento jurisprudencial consolidado, qual seja, que não existe vínculo empregatício entre os trabalhadores da empresa de prestação de serviços, ou seus sócios, e a empresa contratante. Acrescentamos a essa afirmação a ressalva, contida na **Súmula 331, do TST**, no sentido de que se pode formar o vínculo, desde que presentes a personalidade e a subordinação direta.

12.2 Direitos dos trabalhadores terceirizados

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A dessa Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - relativas a: (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- b) direito de utilizar os serviços de transporte; (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus ao salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, essa poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Percebe-se que o novo texto legal estende aos trabalhadores das empresas de prestação de serviços apenas alguns

direitos constitucionalmente assegurados aos empregados da empresa contratante. Outros direitos básicos dos trabalhadores poderão ser objeto de negociação entre contratante e contratada, nos termos do § 1º, do dispositivo sob comento.

A norma em tela não garante a paridade salarial entre os empregados da contratante e da contratada, facultando às partes a possibilidade de assegurar a isonomia salarial. Evidentemente, trata-se de dispositivo claramente inconstitucional, por violador ao princípio isonômico, constitucional consagrado, também, no âmbito das relações laborais, conforme o disposto no art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal.

Por sua vez, ao trabalhador da empresa de trabalho temporário, foram assegurados os seguintes direitos, nos termos do art. 12, da Lei nº 6.019/1974, cuja redação não fora alterada pelos diplomas legais modificadores supramencionados:

- a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente, calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional;
- b) jornada de oito horas, remuneradas as horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 20% (vinte por cento);
- c) férias proporcionais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;
- d) repouso semanal remunerado;
- e) adicional por trabalho noturno;
- f) indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido;
- g) seguro contra acidente do trabalho; proteção previdenciária nos termos do disposto na Lei Orgânica da Previdência Social, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973 (art. 5º, item III, letra "c" do Decreto nº 72.771, de 6 de setembro de 1973).

Percebe-se que o art. 12, letra a, da Lei nº 6.019/74, assegura aos empregados da empresa de trabalho temporário

“remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente.....”. Ou seja, ao empregado da empresa de trabalho temporário foi assegurada a isonomia salarial em relação aos empregados da tomadora de serviços, ao passo que tal garantia não foi estendida aos empregados da empresa de prestação de serviços em relação aos empregados da respectiva contratante, situação que reforça o caráter discriminatório do novo art. 4º-C.

Tal dispositivo fora considerado inconstitucional pelo 19º CONAMAT (2018), conforme se lê na ementa da tese 31, da Comissão 3:

TRABALHADORES TERCEIRIZADOS E DIRETAMENTE CONTRATADOS. ISONOMIA SALARIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N.13.467/2017, QUE ALTERA O ART.4º DA LEI 6.019, FACULTANDO ÀS EMPRESAS PRESTADORAS E TOMADORAS DECIDIREM SOBRE ESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, NO CONTEXTO DA IMPOSIÇÃO DE NIVELAMENTO DE OUTRAS OBRIGAÇÕES PREVISTAS NA PRÓPRIA LEI. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA QUE DEVE SER PRONUNCIADA DE OFÍCIO PELOS JUÍZES.

12.3 Quarentena

Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Com essa regra, o legislador quis evitar a denominada “pejotização”, que se caracteriza quando o empregado é despedido e, em seguida, contratado sob o disfarce de pessoa jurídica. Na hipótese, a norma em tela estipula o período mínimo de dezoito meses entre a saída do empregado e a contratação, pelo ex-empregador, de pessoa jurídica em que aquele figure como titular ou sócio.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para a mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Essa outra regra busca evitar que os empregados sejam despedidos pelo real empregador e, em seguida, recontratados, por meio de interpоста pessoa, ou seja, por empresas prestadoras de serviços. Tal situação somente poderá ocorrer após transcorrido o prazo de dezoito meses, contados da despedida.

12.4 Da responsabilidade pelas obrigações trabalhistas

A empresa contratante e a tomadora dos serviços são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações trabalhistas, referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, na hipótese de inadimplemento dessas obrigações pelas contratadas.

Quanto a esse aspecto não houve alteração substancial, em virtude de entendimento jurisprudencial consolidado, prevendo expressamente essa responsabilidade, consubstanciado na **Súmula 331, do TST**, conforme os seus incisos IV e VI.

Havendo a possibilidade de uma cadeia de contratantes, como faculta a lei, melhor seria para o trabalhador se a responsabilidade fosse solidária, pois o trabalhador poderia acionar a todos, indistintamente, o que não ocorre quando se trata de responsabilidade subsidiária.

12.5 Da derrogação parcial da Súmula 331, do TST

Em razão do vazio legislativo, durante anos a Súmula 331 do TST foi o único instrumento jurídico balizador da análise do fenômeno da terceirização no nosso país. Vejamos a redação dessa Súmula:

Súmula 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação)

I - A contratação de trabalhadores por empresa interpоста é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O verbete sumular em apreço contém uma diretriz geral que continua válida: a contratação de trabalhador por meio de interposta pessoa segue vedada pelo ordenamento jurídico, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (inciso I).

Contudo, em razão das alterações promovidas na Lei nº 6.019/70, pela Lei nº 13.429/2017 (terceirização) e Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista), as hipóteses de terceirização lícitas foram alargadas para além do trabalho temporário, admitindo-se, a partir dessas alterações, a terceirização permanente, abrangendo, inclusive, a atividade-fim do tomador de serviços.

Continua lícita a *contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza*, previstos no inciso III, da Súmula. Entretanto, a parte final do dispositivo resta prejudicada, por considerar lícita a terceirização apenas quando se tratar de serviços **ligados a atividade-meio do tomador**. Como vimos, anteriormente, o STF considera lícita a

terceirização de quaisquer atividades do tomador, seja meio ou atividade-fim.

Os incisos IV e VI disciplinam a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, em face do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador direto, esclarecendo que abrange todas as verbas decorrentes da condenação, referentes ao período da prestação laboral. Esses dispositivos não foram alvo de alteração, permanecendo, portanto, plenamente válidos.

Do mesmo modo, nenhuma alteração sofreram os incisos II e V da Súmula em tela, que tratam da terceirização ilícita no âmbito da Administração Pública. Assim, a inexistência do concurso público é óbice intransponível ao reconhecimento do vínculo empregatício com os entes público (inciso II), bem como se torna necessária a prova da culpa *in vigilando* da entidade estatal para que possa ser reconhecida a responsabilidade subsidiária, não decorrendo esta “*de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada*” (inciso V).

SÚMULA RELATIVA AO CAPÍTULO XII:

Súmula nº 331

CAPÍTULO XIII

ELIMINANDO PROCEDIMENTOS RESCISÓRIOS

Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

§ 1º (Revogado).

§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

§ 3º (Revogado).

§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado:

I - em dinheiro, depósito bancário ou cheque visado, conforme acordem as partes; ou

II - em dinheiro ou depósito bancário quando o empregado for analfabeto.

§ 5º Qualquer compensação no pagamento de que trata o parágrafo anterior não poderá exceder o equivalente a um mês de remuneração do empregado.

§ 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.

a) (revogado);

b) (revogado).

§ 7º (Revogado).

§ 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

§ 9º (vetado).

§ 10 A anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social é documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista no caput deste artigo tenha sido realizada.

Várias foram as alterações promovidas em relação às formalidades exigidas, no ato da rescisão contratual.

Inicialmente, foi dada nova redação ao *caput* do art. 477, revogado tacitamente pela Constituição de 1988, que consagrou o regime do FGTS, extinguindo o antigo regime de estabilidade decenal. Pela nova redação, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho do empregado, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

Foram revogados, integralmente, os parágrafos 1º, 3º e 7º, do art. 477, que tratavam da assistência no ato da rescisão contratual. Essa assistência era obrigatória para validar o ato, e deveria ser realizada preferencialmente pela entidade sindical da categoria profissional respectiva (§ 1º). Não existindo sindicato ou recusando-se este a prestar a assistência, o ato teria a assistência do Ministério do Trabalho (§ 1º), ou, ainda, pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou Juiz de Paz (§ 3º). Essa assistência era sem ônus para trabalhador e empregador (§ 7º).

A assistência no ato da rescisão contratual, conhecida como homologação da rescisão contratual, se constituía em suporte e segurança para o trabalhador, que recebia a orientação adequada, seja do seu Sindicato profissional ou do Ministério do Trabalho, quanto às verbas que estavam sendo quitadas pelo empregador. Com essas informações, o empregado poderia de-

cidir se aceitava ou não os valores que lhes estavam sendo pagos ou se os aceitava, com ressalva. Na hipótese de recusa do trabalhador, competia ao empregador depositar, em juízo, os valores que entendia corretos, a fim de evitar a mora.

Com a reforma, simplesmente, desapareceu a assistência no ato da rescisão contratual, fato que poderá aumentar o número de reclamações relacionadas à validade da manifestação de vontade expressa perante o empregador.

O § 2º foi mantido e representa uma garantia para o trabalhador, pois a quitação no ato da rescisão contratual abrange tão somente os valores e parcelas consignadas no recibo rescisório, não contemplando parcelas não consignadas e seus reflexos em outras parcelas que constem no mesmo recibo de quitação. Permanece válida, assim, a orientação contida na **Súmula nº 330, do TST**.

O § 4º foi alterado, apenas, para melhorar a sua redação, acrescentando-se o depósito bancário como forma de pagamento das verbas rescisórias o que, na prática, já era admitido. O § 5º, que disciplina a compensação entre verbas de natureza trabalhista, foi integralmente mantido.

Alterações importantes aconteceram no § 6º, que disciplina o prazo para pagamento das verbas rescisórias. Pela redação anterior, quando o aviso prévio era concedido e trabalhado, o prazo para pagamento era o primeiro dia útil imediato ao término do contrato, que coincidia com o termo final do aviso prévio. Quando o aviso não era concedido, ou indenizado, ou, ainda, dispensado o seu cumprimento pelo empregador, o prazo era até 10 (dez) dias, contados da data da notificação da demissão (letras *a* e *b*, do § 6º, revogadas).

A nova redação estipula o prazo único de dez dias, contados do término do contrato, tanto para a entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes, bem como para o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação.

Tendo em vista que o legislador utilizou a expressão *término do contrato*, e, sabendo-se que o contrato de trabalho somente se extingue ao final do prazo do aviso prévio, trabalhado ou

indenizado, resta saber qual será a interpretação dos tribunais trabalhistas quanto ao prazo para pagamento das verbas rescisórias, nas hipóteses de ausência de aviso prévio, aviso indenizado ou dispensa do cumprimento deste, em face da revogação das letras *a* e *b*, do art. 6º, sob comentário. Seria de dez dias, contados da comunicação da dispensa, ou dez dias, a partir do término do contrato? Se prevalecer a segunda hipótese, a nova norma traduz um prejuízo para trabalhador, no que se refere ao texto anterior, revogado.

O § 8º estipula multa administrativa, por trabalhador, bem como o pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, quando não cumprido pelo empregador o prazo mencionado no parágrafo sexto. Tal parágrafo foi mantido, devendo-se observar as novas regras contidas no § 6º, supra referidas.

Foi acrescentado o § 10, explicitando que a anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social é meio hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas hipóteses legais, desde que o empregador tenha procedido à comunicação da dispensa aos órgãos competentes. Contudo, se o empregador não fizer essa comunicação, o empregado deverá ajuizar Reclamação Trabalhista a fim de obter os referidos benefícios, o que poderá aumentar o número de reclamações.

SÚMULA RELATIVA AO CAPÍTULO XIII

Súmula nº 330

CAPÍTULO XIV

FLEXIBILIZANDO PROCEDIMENTOS E DIREITOS RESCISÓRIOS

14.1 Equiparação da dispensa coletiva à dispensa individual

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Como se vê, o novo dispositivo equipara as dispensas imotivadas individuais às plúrimas e coletivas, dispensando a autorização sindical ou a negociação coletiva como requisito para a sua validade.

A CLT não continha nenhum dispositivo tratando da dispensa coletiva. A jurisprudência dividia-se entre a exigência da negociação coletiva como pressuposto para a validade da dispensa coletiva, tendo em vista princípios e regras constitucionais que consagram a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a proteção da relação de emprego e a busca do pleno emprego, e ainda o disposto em Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil (98, 154 e 158), ou a desnecessidade da participação sindical, em função do princípio da legalidade, pois não havia nenhuma norma legal que vedasse explicitamente as dispensas coletivas.

Compreendo que não se pode equiparar as dispensas individuais às coletivas, tendo em vista os efeitos deletérios dessas para o conjunto da sociedade, eis que transcendem à esfera meramente individual dos contratantes. É, portanto, matéria afeita ao campo dos direitos e interesses coletivos da categoria, razão pela qual a dispensa coletiva deveria ser precedida de ampla negociação coletiva, exigindo-se, por disposição constitucional, a presença do respectivo sindicato profissional (art. 8º, incisos III e VI).

Delgado (2019, p.1336) aponta a manifesta inconstitucionalidade do novel dispositivo:

A nova regra, contudo, entra em choque frontal com a Constituição da República. Inicialmente, pela circunstância de reger, mediante simples lei ordinária, tema a respeito do qual o art. 7º, I, da Constituição exige, expressamente, lei complementar, diploma a ser aprovado com quorum parlamentar especial e 'que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos'. O art. 477-A, ao inverso, é lancinante: mantém a incidência da despedida totalmente arbitrária; afasta a negociação coletiva trabalhista da regência de assunto eminentemente coletivo; e não estipula qualquer indenização compensatória superior às verbas tradicionais da dispensa estritamente individual e sem justa causa.

A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho de 2017 aprovou o seguinte enunciado sobre a matéria:

DISPENSA COLETIVA: INCONSTITUCIONALIDADE

O ART. 477-A DA CLT PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE, ALÉM DE INCONVENCIONALIDADE, POIS VIOLA OS ARTIGOS 1º, III, IV, 6º, 7º, I, XXVI, 8º, III, VI, 170, CAPUT, III E VIII, 193, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COMO TAMBÉM O ARTIGO 4º DA CONVENÇÃO Nº 98, O ARTIGO 5º DA CONVENÇÃO Nº 154 E O ART. 13 DA CONVENÇÃO Nº 158, TODAS DA OIT. VIOLA, AINDA, A VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE E DE RETROCESSO SOCIAL. AS QUESTÕES RELATIVAS À DISPENSA COLETIVA DEVERÃO OBSERVAR: A) O DIREITO DE INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DA ENTIDADE SINDICAL; B) O DEVER GERAL DE BOA FÉ OBJETIVA; E C) O DEVER DE BUSCA DE MEIOS ALTERNATIVOS ÀS DEMISSÕES EM MASSA (Comissão 5 Enunciado 1 (Aglutinado))

Veja-se, nesse mesmo sentido, a seguinte tese aprovada no 19º CONAMAT (2018):

EMENTA: O novo artigo 477-A da CLT é materialmente inconstitucional, pois esvazia o conteúdo protetivo previsto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, na medida em que permite a equivalência entre as despedidas individuais e coletivas, estatuidando em ambas a permissão da denúncia contratual vazia. Viola ainda o princípio do devido processo legal, que vincula entidades estatais e particulares e, como direito laboral inespecífico, penetra na relação de emprego, impedindo a cessação contratual sem motivos socialmente justos (Tese 38 – Comissão 3).

14.2 Plano de Demissão Voluntária

Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Também não existia na CLT nenhum dispositivo regulando os efeitos da quitação decorrente de planos de demissão voluntária, normalmente, criados por meio de regulamento empresarial ou por instrumentos normativos coletivos.

O novel dispositivo atribui efeito de quitação plena dos direitos decorrentes da relação de emprego aos Planos de Demissão Voluntária ou Incentivada, desde que previstos em norma coletiva, na esteira do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do **Recurso Extraordinário 590.415**, cujo relator foi o Ministro Luis Roberto Barroso.

Desse modo, entendemos que permanece válido o entendimento contido na **OJ 270, do TST**, *in verbis*:

OJ 270 do TST

OJ SDI-I 270. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002)

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

Destarte, tratando-se de Plano de Demissão Voluntária não previsto em norma coletiva, a quitação abrange exclusivamente as parcelas e valores constantes do recibo rescisório, não atingindo todos os direitos decorrentes da relação de emprego.

14.3 Extinção por acordo

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

- a) o aviso prévio, se indenizado; e**
- b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;**

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Esse dispositivo veio regular uma situação comum no cotidiano das relações de trabalho: o acordo para por fim no contrato de emprego. Embora parecesse, óbvio, a possibilidade de rescisão por acordo, não havia expressa previsão na CLT quanto a essa matéria. Para viabilizar esses acordos, o empregador simulava uma despedida, sem justa causa, efetuando o pagamento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. Na maioria das vezes, os acordos envolviam a devolução ao empregador do valor da multa rescisória recebida pelo empregado, no momento da rescisão contratual.

O novo dispositivo prevê o pagamento de metade do valor da multa, ou seja, 20% sobre a totalidade dos depósitos do FGTS, além da possibilidade de saque de até 80% desses de-

pósitos, o que permitirá ao trabalhador dar outro destino a essa quantia, em razão da baixa rentabilidade do FGTS.

A norma em apreço ainda prevê o pagamento da metade do valor do aviso prévio, se indenizado, e a totalidade das demais verbas trabalhistas, decorrentes da extinção do vínculo contratual.

A 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) aprovou o seguinte enunciado sobre a matéria:

RESCISÃO CONTRATUAL POR MÚTUO CONSENTIMENTO

EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR MÚTUO CONSENTIMENTO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS E SUBSTANCIAIS DE VALIDADE. A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR MÚTUO CONSENTIMENTO PREVISTA NO ARTIGO 484-A DA CLT SE ENCONTRA SUBMETIDA AO ESCRUTÍNIO QUANTO À VALIDADE FORMAL E SUBSTANCIAL DO TERMO DE RESCISÃO, À LUZ DOS ARTIGOS 138 A 188 DO CÓDIGO CIVIL C/C O ARTIGO 8º, § 1º, DA CLT E DO ARTIGO 9º DA CLT (Comissão 5, Enunciado 3).

Assim, o acordo entabulado entre as partes deve se submeter às regras que regem a validade dos negócios jurídicos em geral, para aferir se houve coação na manifestação da vontade do empregado ou renúncia de direitos consagrados, além dos previstos na norma em tela.

14.4 Quitação anual de direitos

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Existia, no nosso ordenamento, regra semelhante a essa, relativa à comprovação de quitação dos direitos do empregado rural, feita pelo empregador rural, na presença daquele e do

seu representante sindical. Referida comprovação constituía-se em ato unilateral do empregador rural, cabendo ao empregado rural anuir ou não com os seus termos. Ficava, contudo, garantido ao empregado rural o direito de pleitear em juízo os créditos que entendesse devidos. Tal norma foi revogada pela EC 28/2000, que alterou a redação do inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal.

Conforme se lê no artigo antes transcrito, firmar termo de quitação anual de obrigações trabalhistas é ato facultativo e bilateral dos contratantes. Dessa maneira, entendemos que, embora decorrente de termo firmado livremente entre as partes, a quitação passada pelo empregado alcança, apenas, as parcelas nele especificadas, não atingindo outras não consignadas no recibo e seus possíveis reflexos em parcelas constantes do mesmo recibo. Assegura-se, destarte, ao empregado o direito de pleitear em juízo as parcelas e verbas trabalhistas que entender devidas.

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL RELATIVA AO CAPÍTULO XIV:

OJ 270, DA SDI-1, DO TST

CAPÍTULO XV

PRESCRIÇÃO

De pouco adianta ter direitos assegurados, em normas autônomas ou heterônomas, e não poder acionar eficazmente a máquina estatal, por meio do Poder Judiciário, a fim de torná-los efetivos, em virtude da inércia do credor, frente a uma pretensão ilegal ou injustificadamente resistida do devedor.

O acolhimento pelo Juiz da alegação de prescrição extingue o processo com resolução de mérito (art. 487, II, do CPC). Assim, a prescrição é matéria estreitamente relacionada ao direito material, devendo ser alegada como prejudicial de mérito na ação. Essa é a razão de incluirmos um capítulo a respeito do tema da prescrição, além do fato, é claro, de que alterações importantes foram processadas nessa matéria, inclusive o reconhecimento da prescrição intercorrente, no âmbito do direito do trabalho.

Vejam as alterações promovidas no artigo 11, da CLT.

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.

I - (revogado);

II - (revogado).

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social.

§ 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo in-

competente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Alguns aspectos importantes foram alterados e/ou acrescentados quanto ao tema da prescrição trabalhista, como se verá, a seguir.

Como se sabe, a prescrição trabalhista tem sede na Constituição Federal (art. 7º, inciso XXIX), que estipula o prazo prescricional de cinco anos para os créditos trabalhistas, limitando até dois anos o prazo, na hipótese de extinção do contrato de trabalho.

Os antigos incisos I e II foram incorporados à redação do *caput* do artigo 11, razão pela qual foram revogados. Desse modo, resta mantido o prazo prescricional de cinco anos, desde que a pretensão seja exigida na vigência do contrato de trabalho. Ocorrendo a rescisão contratual, o obreiro terá dois anos para ajuizar a reclamação trabalhista, sob pena de incidência da prescrição total ou absoluta do seu crédito. Essa fórmula, que deriva da interpretação do texto constitucional, está consagrada pelo TST, conforme **Súmula nº 308, in verbis**:

Súmula nº 308 do TST

PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1)

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.

II.....”

Conta-se, portanto, o prazo prescricional projetando-se cinco anos retroativamente, desde a data do ajuizamento da Reclamação, e não a partir da extinção do contrato, significando dizer que o empregado deverá requerer a prestação jurisdicional o quanto antes (no máximo dois anos após a extinção), sob pena de ver prescrita alguma verba ou algum crédito que lhe seja devido. Lembrando que, se deixar transcorrer mais de dois anos, após a extinção do contrato, os seus créditos estão irremediavelmente fulminados pela prescrição.

O § 1º, do art. 11, não sofreu qualquer alteração. Como é de sabença comezinha, as ações de natureza meramente declaratórias são imprescritíveis. Na hipótese, trata-se de:

Pretensão meramente declaratória da existência, ou da inexistência, de vínculo de emprego, especialmente nas ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social. Diante dela, cabe apenas declarar a existência ou a inexistência do ato negocial, ainda que esteja prescrita a correspondente pretensão condenatória. (MARTINEZ, 2018, p. 891).

Eventualmente, se o empregador se negar a efetuar essas anotações, compete à Vara do Trabalho fazê-lo, nos termos do art. 39, da CLT.

O § 2º, do art. 11, trata da prescrição de prestações sucessivas, que ocorre quando apenas parcelas dos créditos trabalhistas são atingidas pela prescrição, mantendo-se íntegro o direito à própria parcela e seus reflexos sobre outras verbas. Trata-se de situação comum no âmbito das relações de trabalho, cujas prestações são contabilizadas, geralmente, no módulo mensal, a começar pelo próprio salário.

A redação desse parágrafo é praticamente idêntica à redação da **Súmula 294, do TST**, como se vê, adiante:

Súmula 294, do TS

PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO

Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

Alteração do pactuado significa alteração das cláusulas do contrato individual, do contrato coletivo, de normas regulamentares, de planos de cargos, dentre outras. Assim, mesmo se tratando de parcela de trato sucessivo, cuja lesão se renova, mês por mês, a prescrição seria total, salvo se o direito à parcela também estiver assegurado por lei. Se o empregador, por exemplo, deixar de pagar o 13º salário, a prescrição incidente é a parcial, eis que o direito à gratificação natalina está assegurado por lei. Por outro lado, se deixa de pagar uma gratificação semestral prevista em contrato, a prescrição é total, eis que essa parcela não está assegurada por lei.

Contudo, o TST tem uma interpretação diferenciada quando se trata de critérios de promoção previstos em Plano de Cargos do empregador. Veja-se a redação da Súmula nº 452, do TST:

Súmula nº 452 do TST

DIFERENÇAS SALARIAIS. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. DESCUMPRIMENTO. CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO NÃO OBSERVADOS. PRESCRIÇÃO PARCIAL.

Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês."

Nesse caso, a Corte Máxima Trabalhista entende que não houve alteração do pactuado, mas, simplesmente, inobservância (descumprimento) aos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Carreiras da Reclamada, incidindo, na hipótese, a prescrição parcial.

Analisando-se a redação do § 2º, do art. 11, observamos que o legislador se refere ao “**pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado**”, e não, apenas, à alteração do pactuado, tal como consta no texto da Súmula nº 294, do TST. A consequência dessa sutil alteração é que o TST deverá rever o conteúdo da Súmula nº 452, fazendo incidir a prescrição total também na hipótese de descumprimento de critérios de promoções previstos em Plano de Cargos do empregador.

O § 3º menciona uma hipótese de interrupção do prazo prescricional, qual seja, o ajuizamento da reclamação trabalhista, ainda que arquivada. Já existia previsão, quanto a essa possibilidade, na **Súmula nº 268, do TST**, que restringia os efeitos da interrupção somente em relação a pedidos idênticos. Esse entendimento foi mantido pelo texto do § 3º, supra mencionado.

Outra hipótese de interrupção do prazo prescricional admitida no direito do trabalho seria o protesto judicial, previsto no art. 202, II, do Código Civil, conforme prevê a **OJ 392, da SDI-I**, do TST.

O art. 11-A é inteiramente novo, embora veicule matéria objeto de antiga cizânia no âmbito do direito e do processo do trabalho. Trata-se da possibilidade de aplicação da prescrição intercorrente no âmbito do direito do trabalho. Havia clara divergência entre o STF que, por meio da **Súmula nº 327**, admitia essa possibilidade, e o TST, que não a admitia, conforme a **Súmula nº 114**.

O novo artigo, assim, consagra a aplicação da prescrição intercorrente no âmbito laboral, observados os seguintes requisitos: a) só poderá ocorrer na fase de execução; b) desde que o exequente deixe de cumprir determinação judicial, na fase de execução; c) prazo de dois anos, contados da intimação para cumprir determinação judicial e permanecer inerte.

Um dos argumentos usados pelos contrários à tese da aplicação da prescrição intercorrente no âmbito do direito do trabalho era o alto nível de poder inquisitorial do Juiz do Trabalho, mormente na fase de execução. Ou seja, muitos atos da fase de execução visando ao impulso processual dependiam menos das partes e mais do Juiz. Desse modo, não se poderia imputar

à parte a pecha de omissão, fato que faz disparar a contagem do prazo prescricional intercorrente.

Entretanto, o poder inquisitorial do Juiz do Trabalho, no âmbito da execução trabalhista, foi significativamente reduzido com a alteração promovida pela Lei nº 13.467/2017, no texto do art. 878, da CLT, no sentido de que compete às partes promover a execução da sentença, permitida a execução de ofício pelo Juiz, apenas, nos casos em que essas não estiverem representadas por advogado. Desse modo, pode-se aplicar a prescrição intercorrente, por exemplo, na hipótese da parte, representada por advogado, deixar de impulsionar a execução, desde que previamente intimada pelo juiz.

O TST, por meio da Instrução Normativa nº 41, de 21/06/2018, interpretando o referido dispositivo, entendeu que **“o fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017).”** (art. 2º, IN 41/2018). Portanto, antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, não se deveria aplicar a prescrição intercorrente, conforme o disposto na Súmula 114, do TST.

SÚMULAS RELATIVAS AO CAPÍTULO XV:

DO TST: 308, 294, 452, 268 e 114.

DO STF: 327.

OJ MENCIONADA: OJ 392, DA SDI-1, DO TST.

SEÇÃO II

ALTERAÇÕES EM DIREITO COLETIVO

CAPÍTULO I

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

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.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

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

A parte final do antigo parágrafo único, desse artigo fora suprimida, permanecendo a parte inicial, agora transformada em § 1º. A parte suprimida dizia o seguinte: "....., **naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.**" Tal disposição era importante, pois indicava que o direito comum não poderia ser aplicado de maneira automática e literal, devendo se fazer um cotejo entre as suas normas e os princípios fundantes do Direito Laboral. Constatada a incompatibilidade, o operador do direito deveria beber em outras fontes normativas, a fim de suprir as lacunas legais. A tentativa do

legislador reformador, portanto, parece-nos que é afastar a aplicação desses princípios históricos e diferenciadores do Direito do Trabalho.

O § 2º revela-se uma tentativa de amordaçar os Tribunais Trabalhistas, ao inibir a sua fundamental e inafastável missão de interpretar as normas jurídicas. Não se deve fomentar o ativismo judicial; contudo, não se pode tolher a atividade jurisdicional, principalmente, em virtude da ausência de normas ou de lacunas legais, fruto da omissão do poder legislativo. Como salienta Lima e Lima (2017, p. 21):

O Estado de Direito forjado no iluminismo era o Estado segundo a lei, no sentido textual; enquanto o Estado de Direito atual ancora-se no sistema normativo, com todos os seus componentes axiológicos e fáticos.....Ora, não há norma senão depois de interpretada e não há interpretação sem criação.....

O § 3º, do art. 8º, consagra o denominado princípio da **intervenção mínima**. Mais uma vez se revela o apego à forma, em detrimento dos demais elementos dos negócios jurídicos em geral e, sobretudo, das especificidades desse especial tipo de pacto coletivo negocial.

Sob nenhuma hipótese, pode-se pretender afastar da apreciação do Poder Judiciário quaisquer lesões decorrentes de normas coletivas eivadas de ilegalidade ou inconstitucionalidade, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição(art. 5º, XXV, C.F.).

Nesse sentido, as **Teses 04 e 09, da Comissão 3, do 19º CONAMAT (2018)**:

TESE 04 – COMISSÃO 3

“Na mesma linha, é inadmissível supor que o “princípio da intervenção mínima”, inserido no art. 8º, § 3º, da CLT, possa significar uma obséquiosa blindagem para os acordos e convenções coletivas de trabalho, quanto a qualquer questão de “fundo”. Fere a Constituição da República

qualquer interpretação daquele texto que termine por extrair, de seus termos, uma norma de absoluta imunidade jurisdicional dos ACT/CCT quanto a seus conteúdos, precisamente porque *a ordem constitucional brasileira não transige com negócios jurídicos imunes à jurisdição. Nos termos do art. 5º, XXXV, CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*(inclusive quando ela dimanar de negócio jurídico). Eis, então, as razões pelas quais se há de interpretar o art. 8º, §3º, da CLT no sentido de que *todas as questões de constitucionalidade, convencionalidade e legalidade podem ser suscitadas, no âmbito da licitude e da possibilidade jurídica do objeto do negócio jurídico, como dispõe o art. 104, II, do CC, referido pelo novo preceito celetário.*

Por tudo isso, em síntese - e eis a tese fundamental a se reconhecer e defender -, impende a afirmar que:

(1) Os juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados investidos com jurisdição, 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 das leis (art. 97/CF), no próprio controle de convencionalidade das leis (art. 5º, §§2º e 3º, CF), bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis (gramatical, lógico, histórico, sistemático, teleológico), sem perder de vista a própria interpretação conforme a Constituição.

(2) Nessa medida:

(a) será inconstitucional qualquer norma que colime imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da Justiça do Trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social, não se admitindo qualquer interpretação que, dimanada do art. 8º, § 3º, da CLT, possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF);

(b) será autoritária, antirrepublicana e acintosa, agredindo a independência harmônica entre os Poderes da República (art. 2º/CF) e a independência técnica do juiz (arts. 35, I, e 40, da Lei Complementar n. 35/1979), toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz o “dever” de interpretar a Lei n. 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical.

TESE 09 – COMISSÃO 3 – 19º CONAMAT (2018)

“Lembre-se que foi também a Lei nº 13.467/17 que determinou a aplicação dos preceitos do Direito Civil, pertinentes ao negócio jurídico, e estes recusam validade ao negócio jurídico formalizado fora dos parâmetros da boa-fé e sob o império da ameaça.

Com efeito, o Código Civil recusa validade ao negócio jurídico que se realize fora dos parâmetros da boa-fé, a qual inexiste em ambiente de coação (art. 151 do CC) e de estado de perigo (art. 156, do CC), que se materializam, por exemplo, na realidade das relações de trabalho, pela ameaça do desemprego.

O art. 113 do Código Civil estabelece que, *“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”*. Prevê, ainda que é nulo o negócio quando *“não revestir a forma prescrita em lei”* (IV, do art. 166) ou quando *“tiver por objetivo fraudar lei imperativa”* (art. 166, VI), o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses denominadas de *“Pejotização”*, nos acordos para pagamento de salário como se fosse indenização, ou mesmo em qualquer pacto que permita renúncia, vedada tanto pelo artigo 9º da CLT quanto pelo art. 1.707 do Código Civil (*“Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”*).

O art. 171, por sua vez, diz que é anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”. E não se esqueça que os artigos 421 e 422 do Código Civil estabelecem que os contratos devem atender a uma função social e que devem estar baseados em boa-fé.

Ressalte-se que a autonomia da vontade coletiva não é absoluta, encontrando limites no próprio texto constitucional, que não admite a derrogação de normas de ordem pública, mesmo no âmbito da negociação coletiva, salvo exceções contidas no próprio texto constitucional, como veremos a seguir. Desse modo, não faz sentido falar em intervenção mínima, mas em interpretação e aplicação das normas coletivas, conforme o disposto na Constituição da República.

CAPÍTULO II

PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;**
- II – banco de horas anual;**
- III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;**
- IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;**
- V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;**
- VI – regulamento empresarial;**
- VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;**
- VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;**
- IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;**
- X – modalidade de registro de jornada de trabalho;**
- XI – troca do dia de feriado;**
- XII – enquadramento do grau de insalubridade;**
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;**

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente, concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.”

A tentativa de se impor a supremacia das normas negociadas, coletivamente, à legislação trabalhista não é nova. Ao contrário, em diversos momentos, nas últimas décadas, surgiram iniciativas legislativas nesse sentido, destacando-se uma do final do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que, através do PL 5483/2001, propunha alterar a redação do art. 618, da CLT, no sentido de permitir que qualquer direito trabalhista pudesse ser objeto de negociação coletiva, salvo as normas de segurança e saúde do trabalhador. Tal iniciativa não se transformou em lei, pois o recém-eleito Presidente Lula, ao assumir o cargo, em 2003, solicitou a retirada da proposta apresentada.

Em verdade, a negociação coletiva de trabalho é uma forma superior de solução dos conflitos trabalhistas, mormente dos conflitos coletivos, posto que a Justiça Especializada não está aparelhada para solucionar dissídios de categorias profissionais e econômicas tão díspares e complexas como os que lhes batem à porta quotidianamente. Trata-se, inclusive, de direito reconhecido, constitucionalmente, aos trabalhadores (art. 7º, inciso XXVI, CF), constituindo-se em importante fonte do direito do trabalho no nosso país.

Contudo, mesmo no âmbito da negociação coletiva, não se pode olvidar a lição decorrente da tradicional classificação das normas jurídicas trabalhistas proposta por Delgado, em normas de indisponibilidade absoluta (imperativas ou de ordem pública), que, por derivarem do interesse público, não admitem derrogação pelas partes interessadas, seja por consenso individual, seja por negociação coletiva, e normas de indisponibilidade relativa, que se referem ao interesse meramente individual ou bilateral simples, *“que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”*. (DELGADO, 2005, p. 218)

São consideradas normas, absolutamente, imperativas as relativas às anotações da CTPS, à saúde e à segurança do trabalhador (inclusive as normas regulamentadoras expedidas pelas autoridades administrativas), as que estabelecem proteção ao

trabalho do menor, da mulher e da pessoa portadora de deficiência, as normas estampadas no art. 7º, da Constituição Federal, dentre outras.

Examinando-se o art. 7º da Constituição Federal, percebe-se que o legislador constituinte autoriza a flexibilização, por meio da negociação coletiva de trabalho, de algumas normas consideradas de ordem pública ou imperativas, quais sejam, a redução de salários (inciso VI), a compensação de horários, a redução da jornada (inciso XIII) e a disposição a respeito da jornada em turnos ininterruptos de revezamento (XIV). Na nossa compreensão, não se trata de rol meramente exemplificativo, mas de rol taxativo, ou seja, as demais normas constantes do artigo 7º da Constituição não podem ser objeto de negociação coletiva, salvo se for para elevar as condições de trabalho dos obreiros, usando normas para esses mais favoráveis.

A respeito da relação entre o negociado e legislado e a necessidade de se preservar os direitos fundamentais dos trabalhadores, veja-se a seguinte tese aprovada no 19º CONAMAT (2018):

TESE 05 – COMISSÃO 3 - 19º CONAMAT

Parâmetros para a solução de antinomias

1. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PATAMAR MÍNIMO ENTRE O NEGOCIADO E O LEGISLADO. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO. a) No conflito entre o negociado e o legislado devem prevalecer as garantias e os direitos fundamentais, como forma de concretização da proteção da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que fundamentam a própria República, observando-se os princípios jurídicos trabalhistas. b) Na técnica jurídica voltada à aplicação dos direitos fundamentais, o geral pretere o específico quando este último rebaixar o nível de proteção social já alcançado pelo padrão regulatório generalizante, pois nenhuma norma deve ser interpretada de modo a rebaixar o patamar já garantido a todos os cidadãos no que tange aos direitos fundamentais e proteção da dignidade humana. Prevalece, pois, a proteção jurídica mais ampla, independentemente de ser externa ou inespecífica.

2. SUBSUNÇÃO DO NEGOCIADO (INDIVIDUAL OU COLETIVO) AO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. a) Considerando que a

preservação dos princípios da proteção e da norma mais favorável foi assegurada pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão proferida no RE 590.415, as cláusulas do negociado só poderão prevalecer sobre a lei se conferirem efetiva melhoria da condição de trabalho aos empregados, conforme avaliação feita na realidade concreta. b) Na análise da validade do negociado (individual ou coletivamente formalizado) deve ser observado, obrigatoriamente, o princípio da primazia da realidade, que constitui a fórmula básica de concretização do princípio da proteção. c) Não se subsumindo à realidade, a norma não terá aplicabilidade, não desafiando, sequer, a declaração de sua invalidade, fazendo com que o efeito jurídico aplicável para o caso concreto não seja o do descumprimento da cláusula e sim o da lei à qual a cláusula visava superar, o que pode ser identificado como princípio da repristinação da previsão legal ou como cláusula geral da prevalência da lei sobre o negociado descumprido. O desrespeito a uma norma oriunda em convenção coletiva, que se pretenda seja prevalente sobre a lei, traz como efeito a aplicação não da norma desrespeitada, mas da lei que pretendeu substituir, pois a norma foi justificada pelo efeito de conferir ao trabalhador uma melhor condição de trabalho e de sociabilidade e não para diminuir o custo da ilegalidade trabalhista.

Adotando-se a classificação das normas jurídicas trabalhistas proposta por DELGADO, supramencionada, poder-se-ia afirmar que os incisos III, XII e XIII, do novel artigo 611-A, contrariam o disposto no art. 7º, da Constituição ou, no mínimo,

Desafiam os rigores de uma interpretação conforme (verfassungskonforme Auslegung), sempre em cotejo sistemático com os direitos sociais constitucionalmente assegurados, com as restritas hipóteses de flexibilização chanceladas pela mesma Constituição (art. 7º, IV, XIII e XIV) e com as próprias exigências do bem (art. 5º da LINDB, que no Brasil passam pelo primado da justiça social (art. 193 da CRFB) (FELICIANO, 2013, p. 137).

De fato, não podem restar quaisquer dúvidas de que as disposições relativas aos intervalos intrajornada, definição quanto ao grau de insalubridade e prorrogação da jornada em ambientes insalubres visam garantir a **“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, e segurança”** (art.

7º, inciso XXII, CF), sendo, pois, infensas à negociação coletiva, eis que são classificadas como normas de ordem pública.

Outros incisos do artigo sob comentário, também, poderiam suscitar declaração incidental de inconstitucionalidade, a depender da análise do conteúdo concreto de normas negociadas coletivamente relativas, por exemplo, ao teletrabalho, ao regime de sobreaviso, e ao trabalho intermitente (inciso VIII).

Sobre esse tema, vejam-se as seguintes teses aprovadas pelo 19º CONAMAT (2018):

TESE 10 – COMISSÃO 3 - 19º CONAMAT

PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO. DIREITOS INDISPONÍVEIS. NORMAS DE SAÚDE, SEGURANÇA E HIGIENE NO TRABALHO

Ementa: DIREITOS TRABALHISTAS GARANTIDOS POR NORMAS DE ORDEM PÚBLICA, RELATIVOS A MEDIDAS DE HIGIENE, SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO, SÃO INFENSOS À REDUÇÃO OU SUPRESSÃO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA, CONSOANTE A INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DOS INCISOS XXII E XXVI DO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO. É, PORTANTO, INCONSTITUCIONAL A PREVISÃO DO ART. 611-A, III E XII, DA CLT (COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017). O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA, MESMO COM A EXPANSÃO PREVISTA NO ART. 611-A/CLT, ESTÁ LIMITADO ÀS QUESTÕES CONCERNENTES AOS INTERESSES COLETIVOS E INDIVIDUAIS DAS CATEGORIAS REPRESENTADAS, NÃO SENDO VÁLIDA CLÁUSULA QUE PRECARIZE DIREITOS SOCIAIS DECORRENTES DE MATÉRIAS CONSTITUCIONALMENTE ESTABELECIDAS COMO DE POLÍTICA DE ESTADO, POR SEREM DE ORDEM PÚBLICA E DE INTERESSE SOCIAL.

Autor(es) RICARDO MACHADO LOURENCO FILHO, JOAO LEITE DE ARRUDA ALENCAR

TESE 13 – COMISSÃO 3 - 19º CONAMAT

EMENTA: O grau de insalubridade fixado em norma coletiva (art. 611-A) deverá ser aferido em perícia, a ser determinada pelo Juiz, sob pena de invalidação da norma, por conter objeto ilícito, na forma, inclusive, do art. 611-B da CLT.

Fundamentação: O art. 611-A permite fixação do grau de insalubridade por norma coletiva. Entretanto, o art. 189 da CLT dispõe que “serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”. Ou seja, a condição insalubre de trabalho é circunstância definida em lei, cujo escopo é a proteção à saúde de quem trabalha. Não está à disposição do intérprete, seja ele juiz, advogado, sindicato, trabalhador ou empregador. Por isso mesmo, o art. 191 da CLT estabelece que a “eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; ou II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância”. Portanto, a norma coletiva, para ter validade, terá que aliar a previsão acerca do adicional devido com prova técnica que demonstre seja tal adicional efetivamente adequado para afrontar o dano causado ao trabalhador.

”

.....

CAPÍTULO III

NORMAS INFENSAS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA

“Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;**
- II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;**
- III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);**
- IV – salário mínimo;**
- V – valor nominal do décimo terceiro salário;**
- VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;**
- VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;**
- VIII – salário-família;**
- IX – repouso semanal remunerado;**
- X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;**
- XI – número de dias de férias devidas ao empregado;**
- XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;**
- XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;**
- XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;**
- XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;**
- XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;**

- XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;**
- XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;**
- XIX – aposentadoria;**
- XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;**
- XXI – 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;**
- XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;**
- XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;**
- XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;**
- XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;**
- XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;**
- XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;**
- XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;**
- XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;**
- XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.**

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo."

O artigo, em tela, reforça o nosso comentário em relação ao anterior (art. 611-A), pois contém uma série de direitos assegurados pelo manto da indisponibilidade absoluta, não podendo, assim, ser objeto de negociação coletiva. Contudo, entendemos que, apesar de extenso, o rol do artigo 611-B é meramente exemplificativo, pois não se pode limitar ou tolher a análise do intérprete e, sobretudo, do aplicador da lei, no sentido de coibir possíveis afrontas a direitos outros garantidos por norma de ordem pública. Não se deve ter uma visão estática do direito, posto que novas normas de interesse público, certamente, poderão integrar esse rol, a par das atualmente em vigor.

Percebe-se uma nítida contradição entre o disposto no inciso XVII, do art. 611-B, e o disposto nos incisos XII e XIII, do art. 611-A, posto que, como vimos, o grau de insalubridade e a limitação da jornada em ambientes insalubres são classificadas como normas de saúde e segurança do trabalho, existindo, inclusive, norma regulamentadora sobre a matéria (NR-15). À vista disso, constata-se que o inciso XVII, do art. 611-B, anula ou contradiz o disposto nos incisos do art. 611-A, antes mencionados.

O parágrafo único do artigo sob comentário tenta desclassificar as normas relativas à duração do trabalho e dos intervalos, apartando-as do conjunto das normas de saúde e segurança do trabalho, como se fosse possível retirar-lhes a sua natureza intrínseca, pela simples vontade legislativa.

Sobre esse tema, veja-se a seguinte tese aprovada pelo 19º CONAMAT (2018):

TESE 11 – COMISSÃO 3 - 19º CONAMAT

Comissão Temática 3 - Reforma Trabalhista: Constituição, tratados internacionais e Direito do Trabalho

Autora: Fabiane Ferreira (AMATRA XXIV – 24ª Região, Juíza do Trabalho Substituta)

TÍTULO - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 611-B, DA CLT

EMENTA - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 611-B, DA CLT. BUSCA DA PROTEÇÃO DO TRABALHO COMO ELEMENTO DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL E FONTE DE DIGNIDADE. DEFESA DA PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR. REGRAS SOBRE DURAÇÃO DO TRABALHO E INTERVALOS SÃO CONSIDERADAS NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO, NOS TERMOS DOS ARTS. 1º, III e IV, 3º, IV, 7º, CAPUT, XIII, XIV E XXII, 170, 196, 200, VIII E 225, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 3º, "E", 4º E 5º, DA CONVENÇÃO 155 DA OIT.

Importante reproduzirmos trecho da fundamentação da tese em apreço, que trata do importante tema do **controle de convencionalidade**, em razão da contrariedade da norma ao disposto na Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Estado brasileiro.

Veja-se:

"A Convenção nº 155, da OIT (incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 1.254/1994), assevera em seu art. 4º que o Brasil deverá

"formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho" com o objetivo de "prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho."

Além disso, citado diploma internacional estabelece no art. 3º, "e", que o termo "saúde", com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho".

O Supremo Tribunal Federal atribuiu aos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil o status de supralegalidade (Constituição Federal, art. 5º, §§ 2º e 3º; STF, RE nº 466.343/SP). Ao fazê-lo, a Corte Constitucional ampliou o denominado "bloco de constitucionalidade", uma vez que as normas infraconstitucionais passaram a ser submetidas à dupla compatibilidade vertical, ou seja, confrontadas com a Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Nesse aspecto, é válido ressaltar que a compatibilidade abrange tanto os tratados com *status* supralegal, quanto aqueles com natureza constitucional aprovados pelo rito especial previsto no § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004... ..”

Não há, portanto, como dissociar as regras relativas à duração do trabalho e dos intervalos intra e interjornadas das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Havendo antinomia entre o parágrafo único do art. 611-B, da CLT, e o disposto na Convenção 155, da OIT, este diploma deverá prevalecer, pois, além de ser norma mais favorável ao trabalhador, está em plena sintonia com o objetivo expresso do constituinte, no sentido de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, CF).

CAPÍTULO IV

VEDAÇÃO À ULTRATIVIDADE

“Art. 614.

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, **sendo vedada a ultratividade.**”_(NR)

O tema da ultratividade diz respeito aos efeitos temporais das normas negociadas coletivamente, em relação aos contratos individuais de trabalho. Três teorias se apresentam para explicar o fenômeno (DELGADO, 2005): a) **a da aderência irrestrita**, ou ultratividade plena, afirma que as normas coletivas aderem, em definitivo, aos contratos individuais de trabalho firmados durante a sua vigência; b) **a da aderência limitada pelo prazo** advoga que as normas coletivas somente incidem sobre os contratos individuais de trabalho no prazo assinalado pelos respectivos instrumentos normativos coletivos, não projetando seus efeitos para além desse prazo; c) **a da aderência limitada por revogação** proclama que as normas coletivas aderem aos contratos de trabalho firmados durante a sua vigência, somente podendo ser modificadas por norma coletiva superveniente que as altere ou revogue.

Historicamente, o TST adotava a tese de que as normas coletivas aderiam aos contratos de trabalho apenas pelo prazo de vigência dos respectivos instrumentos(aderência limitada pelo prazo), rechaçando a ultratividade. Contudo, a partir de setembro de 2012, com a mudança na redação da Súmula 277, passou a sufragar a tese da aderência limitada por revogação. Veja-se a redação dessa Súmula:

Súmula 277 do TST

“Convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Eficácia. Ultratividade.

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”

Entendemos que esse novo posicionamento do TST é o que melhor se adequa ao pretendido pelo legislador constituinte reformador que determinou à Justiça do Trabalho o respeito **“as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho bem como as convencionadas anteriormente”** (§ 2º, art. 114, C.F).

Não resta dúvida de que a determinação constitucional, supra mencionada, consagra a teoria da aderência por revogação, tendo em vista que somente às partes contratantes, no âmbito da negociação coletiva, compete alterar ou suprimir vantagem deferida anteriormente.

Assim, pode-se afirmar que o § 3º, do art. 614, acrescentado pela Lei nº 13.467/2017, padece de inconstitucionalidade. Trata-se de interferência indevida no âmbito da negociação coletiva e revela uma contradição com o escopo da própria reforma trabalhista, no sentido de privilegiar a autonomia privada coletiva sobre o legislado.

Sobre o tema, veja-se a seguinte tese aprovada no 19º CONAMAT (2018):

19º CONAMAT (2018)

COMISSÃO 03: REFORMA TRABALHISTA: CONSTITUIÇÃO, TRATADOS INTERNACIONAIS E DIREITO DO TRABALHO

EMENTA: NORMAS COLETIVAS. VEDAÇÃO DA ULTRATIVIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. A regra do § 3º do art. 614 da CLT, com a redação da Lei nº 13.647/2017, na parte em que pretende vedar a ultratividade por revogação das normas coletivas, é inconstitucional, por violar o § 2º do art. 114 da CF, que garante o respeito às disposições mínimas convencionadas anteriormente de proteção ao trabalho, e o *caput* do art. 7º da CF, que consagra no âmbito trabalhista o princípio da vedação do retrocesso social.

AUTOR: ARNALDO BOSON PAES, AMATRA XXII, DESEMBARGADOR/TRT/22

Na justificativa da tese em apreço, se lê:

A CF, no § 2º, do art. 114, ao estabelecer que a Justiça do Trabalho, no dissídio coletivo de natureza econômica, decidirá o conflito, “respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as

convencionadas anteriormente”, consagrou expressamente o modelo da aderência limitada por revogação.

O § 3º do art. 614 da CLT, com a redação conferida pela Lei nº 13.467/2017, pretendeu instituir o modelo da aderência limitada pelo prazo. Essa opção legislativa incide em ofensa direta e literal à disposição contida no § 2º do art. 114 da CF, como também viola direta e literalmente o conteúdo do art. 7º, caput, da CF, que consagra no âmbito trabalhista o princípio da vedação do retrocesso social.

A normatização constitucional em favor da ultratividade estimula o empregador à negociação coletiva, com o intuito de alcançar as mudanças que entender pertinentes no instrumento coletivo anterior. A falta de ultratividade, ao contrário, incentiva a inércia do empregador, que alcançará, ao término da vigência, o fim de todas as normas pactuadas anteriormente.

Já a normatização constitucional da vedação do retrocesso social determina o constante aperfeiçoamento das relações de trabalho, por meio da expansão progressiva de direitos e garantias. Isso está bem evidenciado no art. 7º, caput, da CF, ao enunciar os direitos fundamentais dos trabalhadores, “sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

As disposições do § 2º do art. 114 e do caput do art. 7º, da Constituição Federal, por certo, não impõem a imutabilidade das normas coletivas. Ambos os preceptivos admitem que, circunstancialmente, em situações excepcionais e a título provisório, pode haver adequação das condições de trabalho, mas desde que respeitados os limites impostos pela ordem jurídica.

Um desses limites é a ultratividade por revogação das normas coletivas, extraída de forma direta e imediata da normatização constitucional. Essa normatização, além de atender à lógica da preservação dos direitos que visam à melhoria das condições sociais dos trabalhadores, produz o equilíbrio de forças na negociação coletiva, visando à paridade de armas dos sujeitos coletivos.

A regra do § 3º do art. 614 da CLT, ao pretender vedar genericamente a ultratividade das normas coletivas, é manifestamente incompatível com o ordenamento constitucional, por incorrer em ofensa direta e literal ao § 2º do art. 114 da CF, que garante o respeito às disposições mínimas convencionadas anteriormente de proteção ao trabalho, e ao caput do art. 7º da CF, que consagra no âmbito trabalhista o princípio da vedação do retrocesso social.”

4.1 Princípio da Especificidade

“Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.”(NR)

A anterior redação desse dispositivo consagrava o princípio da norma mais favorável, ao estipular que *“as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”*. O inverso também era considerado verdadeiro, ou seja, as condições estabelecidas em acordo coletivo, **desde que mais favoráveis**, prevaleciam sobre as estipuladas em convenção coletiva.

Constata-se que a nova redação suprime a expressão *“quando mais favoráveis”*, estabelecendo que o acordo coletivo de trabalho, norma hierarquicamente inferior à Convenção coletiva, sempre prevaleça sobre essa, independentemente do seu conteúdo.

Sabe-se que o acordo coletivo é negociado, diretamente, entre o sindicato profissional e a empresa, enquanto a convenção coletiva é um pacto entabulado entre o sindicato de trabalhadores e o sindicato patronal, abrangendo toda a categoria profissional, em uma dada base territorial.

A nova regra adota o **princípio da especificidade**, segundo o qual, por ser mais específico, o acordo coletivo deve prevalecer sobre a convenção coletiva, que é mais abrangente. Tal diretriz poderá fomentar a prática patronal de negociar, individualmente, com o sindicato profissional regras menos benéficas do que as estipuladas em convenção coletiva. Portanto, trata-se de mais uma norma prejudicial aos trabalhadores.

SÚMULA RELATIVA AO CAPÍTULO IV:

Súmula nº 277, DO TST

CAPÍTULO V

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas." (NR)

"**Art. 579.** O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação." (NR)

"**Art. 582.** Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.

Art. 587. Os empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição sindical deverão fazê-lo no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a se estabelecer após o

referido mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade.

Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.

Essa é a redação dos dispositivos relativos à contribuição sindical, conforme o disposto na Lei nº 13.467/2017. No dia 1º de março de 2019, foi editada a **MP nº 873/2019**, alterando os mencionados dispositivos e acrescentando outros, com o claro objetivo de dificultar a contribuição financeira às entidades sindicais e sua respectiva cobrança. Referida medida provisória teve sua vigência encerrada, pois deixou de ser votada pelo Congresso Nacional.

De qualquer modo, vejamos a redação dos dispositivos da CLT alterados ou acrescentados pela **MP nº 873/2019**:

"Art. 545. As contribuições facultativas ou as mensalidades devidas ao sindicato, previstas no estatuto da entidade ou em norma coletiva, independentemente de sua nomenclatura, serão recolhidas, cobradas e pagas na forma do disposto nos art. 578 e art. 579." (NR)

"Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão recolhidas, pagas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, sob a denominação de contribuição sindical, desde que prévia, voluntária, individual e expressamente autorizado pelo empregado." (NR)

"Art. 579. O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591.

§ 1º A autorização prévia do empregado a que se refere o *caput* deve ser individual, expressa e por escrito, não admitidas a au-

torização tácita ou a substituição dos requisitos estabelecidos neste artigo para a cobrança por requerimento de oposição.

§ 2º É nula a regra ou a cláusula normativa que fixar a compulsoriedade ou a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores, sem observância do disposto neste artigo, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia-geral ou outro meio previsto no estatuto da entidade." (NR).

"Art. 579-A. Podem ser exigidas somente dos filiados ao sindicato:

I - a contribuição confederativa de que trata o inciso IV do *caput* do art. 8º da Constituição;

II - a mensalidade sindical; e

III - as demais contribuições sindicais, incluídas aquelas instituídas pelo estatuto do sindicato ou por negociação coletiva." (NR)

"Art. 582. A contribuição dos empregados que autorizarem, prévia e expressamente, o recolhimento da contribuição sindical será feita exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico, que será encaminhado obrigatoriamente à residência do empregado ou, na hipótese de impossibilidade de recebimento, à sede da empresa.

§ 1º A inobservância ao disposto neste artigo ensejará a aplicação do disposto no art. 598.

§ 2º É vedado o envio de boleto ou equivalente à residência do empregado ou à sede da empresa, na hipótese de inexistência de autorização prévia e expressa do empregado.

§ 3º Para fins do disposto no inciso I do *caput* do art. 580, considera-se um dia de trabalho o equivalente a:

I - uma jornada normal de trabalho, na hipótese de o pagamento ao empregado ser feito por unidade de tempo; ou

II - 1/30 (um trinta avos) da quantia percebida no mês anterior, na hipótese de a remuneração ser paga por tarefa, empreitada ou comissão.

§ 3º Na hipótese de pagamento do salário em utilidades, ou nos casos em que o empregado receba, habitualmente, gorjetas, a contribuição sindical corresponderá a 1/30 (um trinta avos) da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social." (NR).

Antes de analisarmos as alterações supracitadas, promovidas pela Lei nº 13.467/2017 e, posteriormente, pela MP nº 873/2019, convém lembrar a disciplina das contribuições financeiras às entidades sindicais, à luz dos dispositivos legais, antes dessas alterações.

Sucintamente, eram de quatro tipos as contribuições financeiras devidas às entidades sindicais:

a) **A contribuição sindical obrigatória**, mais conhecida como imposto sindical, em virtude da sua natureza de tributo, estava prevista na nossa legislação desde a implantação do sistema de unicidade sindical, na década de 30 do século passado. Tratava-se de um dos pilares de sustentação desse modelo, tendo sido mantida pela atual constituição (art. 8º, inciso IV). Nos termos do disposto no art. 579, da CLT, na sua antiga redação, era devida por todos aqueles que participassem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de profissão liberal, em favor do Sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo esse, na forma do disposto no art. 591. A contribuição sindical, portanto, independe de filiação ao sindicato e, por sua natureza tributária, dispensava qualquer autorização, individual ou coletiva, para a sua cobrança.

b) **A contribuição confederativa**, fixada por assembleia geral da categoria para custeio do sistema confederativo de representação sindical (art. 8º, inciso IV, da C.F.). Não se confunde com a contribuição sindical obrigatória, pois essa é fixada por lei. Não tem natureza de tributo. A jurisprudência predominante, tanto no STF como no TST, entende que essa contribuição somente será devida para os trabalhadores sindicalizados, não atingindo todos os integrantes da categoria. Cláusula de contrato coletivo nesse sentido seria ofensiva ao princípio da liberdade de filiação, tal como disposto no art. 8º, inciso V, da C.F. (OJ 17 e Precedente Normativo 119, ambos da SDC, do TST, e Súmula Vinculante nº 40, do STF (antiga súmula nº 666).

Desde que aprovada em assembleia-geral, seria descontada em folha de pagamento, conforme previsão contida no art. 8º, inciso IV, da CF, exclusivamente dos sócios do sindicato.

- c) **A contribuição assistencial, taxa assistencial ou de revigoro-** **ramento** constitui-se em um valor cobrado em convenção ou acordo coletivo, aprovado em assembleia geral e descontado em folha de pagamento, para fazer face às despesas extras decorrentes do processo de negociação coletiva (contratação de assessores, propaganda, etc.). A jurisprudência também tem se posicionado no sentido de autorizar esse desconto, apenas, para os associados ao sindicato profissional (OJ 17 e Precedente Normativo 119, da SDC, do TST). O procedimento de cobrança era idêntico ao da contribuição confederativa.
- d) **As mensalidades** são contribuições voluntárias pagas pelos trabalhadores associados a seus sindicatos, propiciando-lhes alguns benefícios que não são extensivos aos demais integrantes da categoria. (assistência médica, odontológica, colônia de férias, etc.). Normalmente, os descontos das mensalidades eram efetuados em folha de pagamento, mediante autorização do empregado associado, com fundamento na redação do artigo 545, da CLT.

A alteração mais substancial promovida nos dispositivos da CLT, supra citados, diz respeito à transformação da natureza da contribuição sindical que, antes compulsória para toda a categoria, transformou-se em facultativa, na prática, posto que exige uma autorização prévia e expressa dos seus integrantes para ser efetivamente cobrada.

Trata-se de duro revés para as entidades sindicais, sobretudo dos trabalhadores, que tinham na contribuição sindical obrigatória a sua principal fonte de receita, principalmente, nesse momento, em que a própria reforma trabalhista quer impor o princípio do negociado sobre o legislado, o que pressupõe sindicatos mais fortes e revigorados, financeiramente, para enfrentar o processo de negociação coletiva em igualdade com as entidades patronais.

Não se está aqui a defender a manutenção eterna dessa contribuição, com sua natureza de tributo, pois somos sabedores que ela também sustentou e sustenta estruturas sindicais arcaicas e dirigentes sindicais inertes pouco comprometidos com

os interesses dos trabalhadores, os denominados *pelegos*, no jargão sindical. Defendemos a sua extinção gradativa, tal como previsto em diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, de tal forma que as categorias e os seus sindicatos possam se adaptar a uma nova realidade, em que as entidades sindicais se sustentarão, exclusivamente, por intermédio das contribuições voluntárias dos integrantes das respectivas categorias.

Como ressaltado anteriormente, a contribuição sindical tinha natureza de tributo, tendo sido mantida pela Carta Política de 1988, no seu artigo 8º, inciso IV, parte final. Então, o primeiro questionamento à alteração sob comento, diz respeito à possibilidade da supressão de sua natureza obrigatória, por meio de lei. Autores entendem não ser possível,

“em virtude de sua previsão constitucional, entendemos que não pode ser removida por lei. Nem tornada facultativa, pois é um tributo, e não há tributo facultativo. Assim, a lei incorre em flagrante inconstitucionalidade” (LIMA E LIMA, 2017, pág. 90)

Entretanto, a tese da não compulsoriedade da contribuição sindical foi ratificada por decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a **ADI 5794** e a **ADC 55**, declarou, por maioria, a **constitucionalidade** do ponto da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical, sob o argumento de que não se pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e a empregadores, quando a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical

A **MP nº 873/2019**, cuja vigência foi encerrada em virtude da não votação do seu texto pelo Congresso Nacional, exigia a autorização **prévia, voluntária, individual e expressa do empregado**, para que se efetivasse a cobrança da contribuição sindical, não sendo admitida a autorização decorrente de negociação coletiva, via Assembleia Geral. Nos termos do texto original da Lei nº 13.467/2017, agora mantido, a exigência é de autorização prévia e expressa, não havendo previsão de autori-

zação individual, o que pode facilitar a interpretação no sentido de se admitir que a Assembleia Geral da categoria, especialmente, convocada para esse fim, possa autorizar esse desconto e comunicar ao empregador, nos termos do art. 582, conforme a sua redação original, também, mantida em virtude da perda de vigência da citada MP nº 873.

Tendo em vista que o principal objetivo dessa contribuição é o custeio do sistema confederativo de representação sindical, sendo devida por todos os integrantes da categoria, mediante autorização dos seus integrantes, ao contrário das demais (contribuição confederativa, assistencial, mensalidades, dentre outras) que são devidas apenas pelos associados à entidade sindical, seria, no mínimo, justo, razoável e proporcional que os beneficiários da atuação sindical, principalmente, dos frutos da negociação coletiva, contribuam para o custeio dessa atividade e o façam por intermédio da instância própria e adequada, qual seja, a assembleia geral da categoria, convocada exclusivamente para esse fim. Impedir que esse desconto seja autorizado por Assembleia Geral infringe o disposto na Convenção 98, da OIT, ratificada pelo Brasil, pois viola o princípio de liberdade sindical, especificamente, o direito de negociação coletiva previsto na no artigo 4º dessa Convenção.

Outro ponto introduzido pela MP nº 873/2019 que recebeu forte questionamento foi quanto à forma de cobrança da contribuição sindical, que deveria ser feita, exclusivamente, por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico. Tratava-se de clara ofensa ao princípio da não interferência do poder público na organização sindical (art. 8º, I, CF).

Tendo em vista o encerramento da vigência da citada MP nº 873/2019, prevalece a redação original do artigo 582, da CLT, tal como previsto na Lei nº 13.467/2017, que estabelece a obrigatoriedade dos empregadores descontarem em folha de pagamento relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados e repassar os valores à respectiva entidade sindical profissional.

Veja-se que a MP nº 873/2019 acrescentou o art. 579-A ao texto da CLT, absorvendo o entendimento jurisprudencial, no sentido de limitar a cobrança da contribuição confederativa, das mensalidades e outras contribuições previstas em estatuto

sindical ou fixadas em assembleia geral, apenas aos associados à respectiva entidade sindical.

Nesse aspecto, então, poder-se-ia dizer que não houve alteração substancial, tendo em vista o entendimento jurisprudencial já consolidado no que diz respeito à limitação da cobrança das contribuições supra referidas aos sócios da entidade sindical. Quanto à forma de recolhimento da contribuição confederativa, das mensalidades, da taxa assistencial e outras da mesma natureza, devidas apenas pelos sócios das entidades sindicais, continua a obedecer ao disposto no art. 545, da CLT, na sua redação original, que estabelece a obrigatoriedade dos empregadores de descontarem na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por esse notificados. Entretanto, entendo que essas contribuições que não são extensivas a todos os integrantes da categoria, mas apenas aos sócios da respectiva entidade sindical, requerem autorização individual expressa para sua cobrança.

SÚMULA RELATIVA AO CAPÍTULO V:

Súmula vinculante nº 40, do STF

OJ MENCIONADA: OJ 17, da SDC, DO TST

SEÇÃO III

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO II

TRAJETO DA PORTARIA DA EMPRESA ATÉ O LOCAL DE TRABALHO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. O tempo necessário ao deslocamento do obreiro da portaria da empresa até o seu local de trabalho configura tempo à disposição do empregador, nos termos do art. 4.º da CLT. Cabe, portanto, a remuneração do período, desde que supere a 10 minutos diários por motivo de razoabilidade (art. 58, § 1º, da CLT e Súmula 429 do TST).

(TRT-17 - RO: 00015261120165170012, Relator: WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, Data de Julgamento: 07/02/2019, Data de Publicação: 12/03/2019)

EMENTA. RECURSO ORDINÁRIO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. O subsídio oral comprovou a narrativa da exordial, no sentido de que o reclamante permanecia à disposição do empregador, restando evidente que o trabalhador não era totalmente desobrigado da prestação de serviços, o que torna inaplicável, ao caso concreto, a previsão disposta na cláusula convencional acerca do tema. Recurso ordinário patronal ao qual se nega provimento.

(TRT-6 - Processo: RO - 0000488-15.2016.5.06.0191, Redator: Milton Gouveia da Silva Filho, 3ª Turma, Data de julgamento: 11/03/2019)

RECURSO ORDINÁRIO AUTORAL. HORAS DE SOBREA-VISO. Para configuração do regime de sobreaviso, necessária comprovação que o empregador restringiu a possibilidade do empregado de livre locomoção, nos moldes da Súmula nº 428 do C. TST. Recurso não provido, no ponto.

(TRT-6 - Processo RO - 0000892-62.2017.5.06.0181, Redator: Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura, 3ª Turma, Data de julgamento: 11/03/2019)

HORAS IN ITINERE.

O fornecimento ao trabalhador do meio de locomoção para o serviço faz concluir, data vênia de posicionamentos contrários, que o transporte efetuado é, antes de benéfico aos obreiros, necessários à realização das atividades. Com efeito, a existência de transporte disponibilizado pela empregadora faz presumir a inexistência ou a incompatibilidade do transporte público, de modo, então, que à própria reclamada cabia comprovar o contrário, inclusive porque fato impeditivo do direito do reclamante, sendo que desse encargo probatório não se desvencilhou. Noto que a reclamada não juntou com a contestação nenhum documento ou produziu qualquer prova a fim de comprovar a existência de serviço de transporte público e em horário compatível com os de início e término da jornada.

(TRT-15-RO:001098862201751500600010988-62.2017.5.15.0060, Relator: FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI, 6ª Câmara, Data de Publicação: 11/03/2019)

HORAS IN ITINERE NÃO COMPROVADAS. ÔNUS DE PROVA DO AUTOR. No caso dos autos, não há controvérsia acerca do fato de que a Reclamada fornecia transporte aos empregados, tampouco acerca do preenchimento demais requisitos legais, já que a própria norma coletiva anexada aos autos trata da regulamentação do tempo de percurso. Contudo, não há nos autos prova de que o Reclamante excedia os 30min fixados na norma coletiva, despendidos com o tempo de percurso, ônus que lhe incumbia e do qual não se desincumbiu, a teor do art. 818 da CLT e inciso I do art. 373 do CPC/15, já que não produziu qualquer prova neste sentido. Dessa feita, indevido o pagamento das horas in itinere, além daquelas previstas na norma coletiva. (TRT-17 - RO: 00011061720175170191, Relator: DESEMBARGADORA ANA PAULA TAUCEDA BRANCO, Data de Julgamento: 25/02/2019, Data de Publicação: 08/03/2019)

RECURSO DA RECLAMANTE. HORAS IN ITINERE. EXISTÊNCIA DE TRANSPORTE PÚBLICO REGULAR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Evidenciando-se a existência de transporte público regular no percurso realizado pela autora, improcede seu pedido de horas in itinere.

(TRT-20 – Proc. Nº 00020068020175200008, Relator: FABIO TULIO CORREIA RIBEIRO, Data de Publicação: 07/03/2019)

COMENTÁRIO

Percebe-se que a introdução do § 2º ao art. 4º da CLT regulamenta situações que dizem respeito à prática de atividades particulares do empregado no interior da empresa, não se referindo às situações em que reste caracterizado o interesse ou determinação patronal nessa permanência. Nesse caso, restará configurado tempo à disposição do empregador, integrando, assim, a jornada de trabalho do empregado, para todos os efeitos legais.

Quanto às horas *in itinere*, as jurisprudências colacionadas ainda se referem às situações fáticas anteriores à entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, embora prolatadas no presente ano de 2019. Resta saber qual será a interpretação dos Juízes do Trabalho, diante de situações concretas em que o transporte fornecido pelo empregador seja condição indispensável, e não mera escolha do empregado, a fim de possibilitar o trabalho no horário e local designados pelo próprio empregador. Continuarão a reconhecer as horas *in itinere*, ou se apegarão à literalidade do texto do § 2º, do art. 58, da CLT?

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO III

NULIDADE DO BANCO DE HORAS

O sistema de compensação denominado “Banco de Horas” está estabelecido em Acordo Coletivo de Trabalho (cláusula 17^a), portanto, um dos requisitos materiais foi cumprido.

Há ainda outros requisitos normativos que foram estabelecidos como: proporção de 1,5 horas de descanso para 1 hora extra trabalhada, com exceção das horas trabalhadas aos domingos, feriados e dias compensados, que será feita na proporção de 2 horas de descanso para 1 hora trabalhada; pagamento das horas excedentes como extraordinárias, caso não seja possível a compensação dentro de 90 dias; limite de 80 horas extras no Banco de Horas, sendo o excedente automaticamente pago e por fim, que os débitos e créditos dos empregados deverão constar nos contracheques (Id72f8f09 - Pág. 1).

Restou incontroverso, pela prova oral, inclusive pelo depoimento pessoal do autor, que os controles de ponto eram corretamente anotados.

Além disso, consta nos espelhos de ponto os apontamentos de débitos e créditos do Banco de Horas, relatório de lançamentos de Banco de Horas, onde se verifica que a autora nunca se aproximou do limite mensal de 80 horas por mês, conforme estabelece o ACT e há na ficha financeira da autora pagamento do saldo de banco de horas. Em sede de razões finais, o autor não indicou qualquer erro nos apontamentos de débito e crédito lançados pela ré.

Ante o exposto, entendo que não há elementos probatórios para invalidar o sistema de banco de horas adotado na reclamada.

Registre-se, além disso, as diferenças de horas apontadas pelo autor em réplica não merecem acolhimento, porquanto não observado os créditos do sistema de compensação adotado.

Nada a alterar.

(TRT-15 - RO: 00125035120165150066, Relator: WILTON BORBA CANICOBA, 2^a Câmara, Data de Publicação: 21/03/2019)

Consoante o item V da Súmula 85 do TST, o regime compensatório de banco de horas somente pode ser instituído por negociação coletiva.

Além dessa formalidade, exigem-se outros requisitos materiais para se considerar válido esse sistema de compensação de jornada, tal como estipula o artigo 59, § 2º, da CLT (redação anterior à Lei 13.467/2017), no sentido de que o lapso temporal do banco de horas não poderá exceder o período máximo de um ano, somadas as jornadas de trabalho prestadas em semanas, bem como não se permitirá que se ultrapasse o limite diário de dez horas de trabalho.

Portanto, ante o caráter excepcional desse sistema, o banco de horas deve ser cumprido, obedecendo todas as formalidades, para que possa ser considerado eficaz e válido.

No caso, conforme registrado pelo acórdão, em que pese o sistema banco de horas conter previsão normativa, havia prestação habitual de horas extras, descumprindo-se um dos requisitos previstos para a adoção do regime, nos termos do art. 59, § 2º, da CLT.

Ademais, para se adotar conclusão diversa da proferida pela Corte de origem, no sentido de que era respeitado o regime de banco de horas, demandaria o revolvimento de fatos e provas, procedimento obstado nesta instância extraordinária, a teor da Súmula 126 do TST.

Incólumes, desse modo, os dispositivos de lei e da Constituição Federal mencionados, bem como superada a eventual divergência jurisprudencial.

Não conheço do recurso de revista, no aspecto.

(TST - RR: 40689320115120051, Data de Publicação: DEJT 18/03/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. INVALIDADE. HORAS EXTRAS. HABITUAIS. O processamento do recurso de revista está adstrito à demonstração de divergência jurisprudencial (art. 896, alíneas a e b, da CLT) ou violação direta e literal de dispositivo da Constituição da República ou de lei federal (art. 896, c, da CLT). Não demonstrada nenhuma das hipóteses do art. 896 da CLT, não há como reformar o r. despacho agravado.

Agravo de Instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. LITISPENDÊNCIA. FÉRIAS.** O processamento do recurso de revista está adstrito à demonstração de divergência jurisprudencial (art. 896, alíneas a e b, da CLT) ou violação direta e literal de dispositivo da Constituição da República ou de lei federal (art. 896, c, da CLT). Não demonstrada nenhuma das hipóteses do art. 896 da CLT, não há como reformar o r. despacho agravado. Agravo de Instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. **RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. INVALIDADE. HORAS EXTRAS. HABITUAIS. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 85 DO TST.** Este Tribunal Superior tem concluído pelo direito do empregado às horas extraordinárias, assim consideradas as trabalhadas após a 8ª diária e 40ª semanal, sem a aplicação da Súmula 85, IV, desta Corte, quando inválido materialmente o acordo de compensação de jornada, com prática habitual de horas extras, por se tratar de situação que equivale à própria inexistência do referido acordo de compensação. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - AIRR: 104542920165150101, Data de Julgamento: 19/09/2018, Data de Publicação: DEJT 21/09/2018)

DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS. SÚMULA N. 85 DO TST X SÚMULA N. 68 DO TRT-SP. INVALIDADE DA JORNADA 12X36

Razão parcial assiste à autora.

É certo que a jornada 12x36 não deixa de ser uma compensação de jornada, o que atrai a observância da Súmula n. 85 do E. TST. Assim, é a redação da Súmula n. 85 do E. TST:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. [174/2011](#), DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

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

Todavia, mesmo tendo havido estipulação individual por escrito, como pode ser visto às fls. 54, não há como afastar a Súmula deste E. TRT n. 68, que exige lei nos seguintes termos:

"Jornada de trabalho. Escala 12x36. Ausência de norma coletiva ou lei que a autorize. Efeitos pecuniários. (Res. TP nº 03/2017 - DO Eletrônico 12/05/2017). Cumprida a jornada de 12X36, sem lei ou norma coletiva que a autorize, deve o empregador remunerar a hora extra integral (hora acrescida do adicional aplicável) para aquelas laboradas acima do módulo de 08 horas diárias e 44 semanais."(g.n.)

Desta forma, inválida a jornada 12x36 antes da sua implantação por acordo coletivo, fls. 54, fazendo jus a autora ao pagamento das horas extraordinárias, que sobejarem a 8ª hora diária ou a quadragésima quarta semanal, o que for mais benéfico, com adicional de 50%, no período imprescrito até 30/4/2014, com reflexos em dsr, férias com o terço constitucional, trezenos salários e FGTS (fls. 5), devendo os controles de jornada serem utilizados como controle de frequência, fls. 67/126. O divisor 220 horas deverá ser aplicado, como decidiu a origem, diante da jurisprudência pacífica do E. TST.

(TRT-2 Proc. 10008470720185020314 SP, Relator: IVETE RIBEIRO, 4ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 19/03/2019)

COMENTÁRIO

Percebe-se que o TST exige acordo ou convenção coletiva, além de outras formalidades, para reconhecer como válido o banco de horas, quando a compensação ocorra no módulo anual.

Vimos que foi instituída uma nova modalidade de banco de horas, com a introdução do § 5º ao texto do art. 59, da CLT, permitindo a sua formalização por acordo individual, desde que a compensação ocorra no prazo de 06 meses.

Por outro lado, constata-se que o TST considerava descaracterizado o banco de horas, se houvesse a prestação de horas extras habituais, na esteira do disposto no inciso IV, na Súmula nº 85. Contudo, o parágrafo único do art. 59-B, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, considera que a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o banco de horas.

A jornada especial de 12X36 não existia na nossa legislação, até a introdução do art. 59-A, ao novel texto consolidado. Antes, aplicava-se a Súmula nº 444 do TST que admitia a sua fixação, por meio da negociação coletiva. Com a alteração processada, essa modalidade de jornada excepcional poderá ser firmada por acordo individual; além disso, os intervalos para descanso podem ser suprimidos, mediante indenização, além de serem considerados compensados os feriados, o descanso semanal e as prorrogações de trabalho noturno.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO IV

Entende-se por trabalhador a **tempo parcial**, o empregado, cuja jornada de trabalho normal é inferior a dos trabalhadores a tempo integral, sendo garantido os mesmos direitos, tomando por base, o valor horário dos trabalhadores a tempo integral, se calculado na mesma base.

A Constituição Federal estabelece uma jornada normal de trabalho de 44 horas semanais, ou seja, 220 horas mensais considerando, em média, 5 semanas no mês (44 horas x 5 semanas).

De acordo com a Lei nº 13.467/2017 (que alterou o art. 58-A da CLT) o trabalho em regime de tempo parcial passou a admitir duas formas de contratação: aquele cuja duração não exceda a 30 (trinta) horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou aquele cuja duração não exceda a 26 (vinte e seis) horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até 6 horas extras semanais.

Assim, uma vez incontroverso a relação empregatícia entre as partes e, uma vez evidenciado o labor em jornada reduzida, não excedendo os limites estabelecidos no art. 58-A da CLT, mantém-se a sentença atacada.

(TRT-7 - RO: 00004395220185070004, Relator: FRANCISCO JOSÉ GOMES DA SILVA, Data de Julgamento: 25/02/2019, Data de Publicação: 26/02/2019)

HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DOS CARTÕES DE PONTO. Não trazidos à colação todos os registros de frequência - ônus que incumbia ao reclamado, por força do artigo 74, § 2º, da CLT -, impõe-se observar a diretriz traçada pela Súmula 338, item I, do TST. Recurso da reclamada não provido, no aspecto.

FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO

Relativamente ao trabalho em **regime de tempo parcial**, registra-se que o artigo 58-A da CLT, vigente na época do contrato de trabalho do autor, autorizava a contratação de empregados com jornada não excedente a 25 horas semanais e remuneração proporcional às horas trabalhadas.

Conforme se observa do contrato de trabalho anexado sob o id 560c86f - fl. 329 e 330, o reclamante foi contratado para exercer a função de "vigilante horista", para substituir outros vigilantes

durante o intervalo intrajornada, com a jornada limitada a 20 horas semanais.

Ocorre, entretanto, que as Convenções Coletivas de Trabalho 2013/2013, 2014/2014 e 2015/2015 trazidas à colação, nas cláusulas 19^a, 21^a e 23^a, respectivamente (ids afcc122, fc05725 e 1bd8fa2 - fls. 220, 251 e 290), apenas autorizam a adoção de tal modalidade contratual para o pessoal administrativo, sem incluir os vigilantes, *verbis*:

Fica permitida a contratação de empregado administrativo pelo sistema de "contrato-hora", todavia o valor da hora trabalhada não poderá ser inferior àquela calculada pelo piso da categoria, desde que não sejam reduzidos os salários individuais efetivamente praticados. (destaquei)

Ademais, não obstante a ficha de registro de empregado (id 560c86f, fl. 328) assinalar que o reclamante era "vigilante horista", o campo intitulado "horário de trabalho" consigna jornada absolutamente diversa da aduzida pela defesa - das 8h00 às 18h00, com uma hora de intervalo, de segunda a sexta-feira.

Desta feita, considerando-se que houve descumprimento, pela empregadora, de requisitos normativos imprescindíveis à validade dessa modalidade especial de labor, correta a decisão de primeira instância que considerou nulo o contrato de trabalho em tempo parcial, condenando a reclamada ao pagamento das diferenças salariais entre o salário efetivamente recebido pelo reclamante (vigilante horista) e o piso salarial da categoria de vigilante mensalista.

(TRT 6 - Processo: RO - 0000768-19.2017.5.06.0007, Redator: Ana Claudia Petruccelli de Lima, 4^a Turma, Data de julgamento: 21/02/2019)

O MM. Juízo de origem, considerando que a jornada em **regime de tempo parcial** prevista no artigo 58-A da CLT e na cláusula 22^a da CCT restou descaracterizada pelo labor em horas extras, deferiu ao reclamante o pagamento de diferenças salariais, durante todo o contrato de trabalho, com base no piso da categoria devido aos empregados que cumprem jornada integral, bem como diferenças de adicional de risco e vida em razão da alteração da base de cálculo, com reflexos.

A 1ª reclamada (Albatroz) postula a reforma, alegando que não havia labor em sobrejornada e que a prestação de serviços em folgas não era habitual, sendo incapaz de descaracterizar a jornada parcial de trabalho.

Rejeito a insurgência.

Na audiência (ID b4de836), a própria representante da recorrente, em depoimento pessoal, admitiu o labor em horas extras, inclusive em jornadas diárias de 12 horas.

Além disso, os recibos acostados aos autos e as cópias do livro de ocorrências da tomadora de serviços (ID cc090bd), comprovam que a jornada pactuada não era observada (25 horas semanais, em escala 5x2), pois havia labor em sobrejornada, além do trabalho nas folgas, das 19h00 às 07h00.

Assim, resta descaracterizado o trabalho em regime de tempo parcial, pois ultrapassado o limite semanal máximo imposto, sendo devido ao obreiro o pagamento das diferenças entre o salário recebido e o valor do piso da categoria referente à jornada integral, com reflexos.

(TRT-15 - RO: 00101866320155150083, Relator: GISELA RODRIGUES MAGALHAES DE ARAUJO E MORAES, 5ª Câmara, Data de Publicação: 12/02/2019)

COMENTÁRIO

Percebe-se que já existem decisões de Tribunais Regionais aplicando a regra contida no novo artigo 58-A, que elevou a jornada no regime, a tempo parcial, para 30 horas semanais, sem prorrogação de jornada, ou 26 horas, com a possibilidade de prorrogação de até 6 horas extras.

Outras decisões, antes transcritas, tratam da obrigatoriedade da adesão ao regime a tempo parcial, pelos empregados admitidos antes da reforma, ser efetuada por meio de negociação coletiva, nos termos do § 2º, do art. 58-A. Em verdade, não houve alteração na redação do citado § 2º.

Observa-se, ainda, que é ônus do empregador a prova do regime de tempo parcial, por ser exceção à regra geral. Desse modo, aconselha-se que seja feito acordo escrito, embora tal formalidade não seja exigida pela lei.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO V

GRUPO ECONÔMICO

TRT 7ª Região

Ementa: GRUPOECONÔMICO. Para a caracterização de grupoeconômico, a jurisprudência vem entendendo que basta a **prova de relação de coordenação** entre as empresas, somada a fatores como comunhão de interesses, identidade de denominação e de sócios para que seja caracterizada a existência de grupoeconômico. No caso, não estando comprovada a formação de grupoeconômico como defende o demandante, deve ser mantida a sentença que excluiu a segunda ré do polo passivo da demanda.

DISPOSITIVO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA 1ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, para, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao da reclamante, para condenar o reclamado BRILHE LOG TRANSPORTE DE VEÍCULOS E SERVIÇOS LTDA ao pagamento das horas extras excedentes da 44ª semanal, conforme se apurar em liquidação, observando-se a jornada de 7h30min às 17h30min, de segunda a sexta-feira, aos sábados de 8h às 18hs, com uma de intervalo legal para refeição e descanso, com reflexos em aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3, FGTS + 40%. Quanto ao recurso do reclamado, sem divergência, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios. Custas de R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais), sobre novo valor ora arbitrado à condenação de R\$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais). Vencida a Desembargadora Maria Roseli Mendes Alencar que negava provimento ao apelo da reclamante. Participaram do julgamento os Desembargadores Emmanuel Teófilo Furtado (Presidente), Dulcina de Holanda Palhano (Relatora) e Maria Roseli Mendes Alencar (Revisora). Presente, ainda, a Procuradora Regional do Trabalho, Evanna Soares. POLO ATIVO: MARCILENE OLIVEIRA e outrem. POLO PASSIVO: BRILHE LOG TRANSPORTE DE VEICULOS E SERVICOS LTDA - ME e outrem.

(TRT-7 - RO 00019395220155070007, RELATORA: DULCINA DE HOLANDA PALHANO, Publicado aos 06/04/2018)

Ementa: GRUPOECONÔMICO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - RECONHECIMENTO - RATIFICAÇÃO. Para a caracterização do grupoeconômico no âmbito trabalhista não são necessárias todas as formalidades e requisitos de constituição típicos do Direito Comercial. É que a doutrina e a jurisprudência têm afastado a interpretação restritiva da norma do art. 2º, § 2º, da CLT, não exigindo para a formação do grupoeconômico que as empresas estejam sob a mesma direção, controle ou administração. **Bastam laços de vinculação em busca de objetivos comuns em determinada área de atuação**, de modo que o trabalho do empregado contratado por uma das empresas também acaba beneficiando outras empresas coligadas. In casu, a própria recorrente, embora tenha alegando a inexistência de grupoeconômico, chegou a confessar que a primeira reclamada é sua acionista. Esta participação é o suficiente para atrair a incidência da norma do § 2º do art. 2º da CLT, que visa conferir a maior garantia possível para adimplemento de parcelas devidas por força de um contrato de trabalho. Nesse compasso, de se ratificar o reconhecimento da responsabilidade solidária da terceira reclamada, ora recorrente.

DISPOSITIVO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA 1ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer dos recursos para, negando provimento ao interposto pela reclamada ENERGIMP S/A., dar provimento ao manejado pelo reclamante, para acrescer ao condenatório indenização por danos morais no valor arbitrado de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Custas preservadas. Participaram do julgamento os Desembargadores Durval César de Vasconcelos Maia (Presidente), Maria Roseli Mendes Alencar e Emmanuel Teófilo Furtado (Relator). Presente, ainda, a Procuradora Regional do Trabalho, Evanna Soares. POLO ATIVO: IVANILSON LIMA DE SOUZA e outrem. POLO PASSIVO: WIND POWER ENERGIA S/A - EM RECUPERACAO JUDICIAL e outrem.

(TRT-7 - RO 00002529120165070011, RELATOR: EMMANUEL TEOFILLO FURTADO, Publicado aos 05/10/2018)

TRT 1ª REGIÃO

Ementa: GRUPOECONÔMICO. SITUAÇÃO FÁTICA. PRIMAZIA DA REALIDADE. DISPENSABILIDADE DE REQUISITOS FORMAIS. Os requisitos necessários à configuração do **grupo-econômico são o interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas**. Não se exige, para tanto, que seja demonstrado efetivo controle administrativo e financeiro entre as empresas, que podem manter sua autonomia e, ainda assim, atuar coordenadamente, formando grupo-econômico. No Direito do Trabalho, não se exige o preenchimento de requisitos formais para a configuração do **grupo** de empresas, que pode exsurgir da situação de fato, ante a incidência do princípio da primazia da realidade.

(TRT 1ª REGIÃO, 2ª Turma, Agravo de Petição AP 01278009320055010030 – Relator Jose Antonio Piton; Publicado aos 08/02/2019)

Ementa: GRUPOECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Reconhece-se a formação de grupo-econômico, quando há entre os entes envolvidos **uma relação de coordenação**, sendo solidária a sua responsabilidade pela satisfação das verbas deferidas à exequente, devendo ser mantidos no polo passivo da ação. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO. O Município do Rio de Janeiro, no contrato de gestão que celebrou com a primeira reclamada, assumiu a condição de autêntico tomador de serviços, que configura terceirização, logo, a ausência de demonstração de que levou a efeito efetiva fiscalização do cumprimento, pela contratada, das obrigações contratuais e legais como empregadora autoriza sua responsabilização subsidiária quanto ao pagamento das verbas devidas pela primeira ré a empregada alocada na execução do contrato de gestão.

(TRT-1 - RO 01014218220175010002, RELATORA: TANIA DA SILVA GARCIA, Publicado aos 07/02/2019)

TST

Ementa: GRUPOECONÔMICO. IDENTIDADE DE SÓCIOS. "O simples fato de as empresas possuírem sócios em comum não autoriza o reconhecimento de **grupo-econômico**" (TST-E-ED -RR- 214940-39.2006.5.02.0472, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dis-

sídios Individuais, publicado no DEJT de 15/08/2014). É esse o entendimento da colenda SBDI-I deste Tribunal Superior que, ao examinar a alegada identidade de sócios com consequente liame de coordenação envolvendo as mesmas reclamadas, PIRES e SERIP (posteriormente denominada JFH), concluiu pela inexistência da relação de efetivo controle entre as empresas, necessária ao reconhecimento de **grupo econômico**, na espécie. Recurso de Revista não conhecido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. CONTUMÁCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. A ausência de pronunciamento, por parte da Corte de origem, acerca de elemento fático essencial à tese veiculada no apelo torna inviável o seu exame, à míngua do indispensável prequestionamento. Hipótese de incidência do entendimento cristalizado na Súmula n.º 297, I e II, desta Corte superior. Recurso de Revista não conhecido.

(TST - RECURSO DE REVISTA - RR 1329000320065020471; 1ª Turma; Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa ; DEJT 31/08/2018)

Ementa: GRUPOECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. Diante da violação dos artigos 2.º , § 2.º , da CLT e 1.026, § 2.º, do CPC/2015 , determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. **GRUPOECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.** O Regional reconheceu a integração do Recorrente ao **grupo econômico** em razão da identidade de sócio administrador entre as Reclamadas, apesar da não demonstração da relação de subordinação hierárquica entre as empresas, tampouco administração centralizada entre elas, a autorizar o reconhecimento do **grupo econômico**. Por disciplina judiciária, ressalvado o posicionamento desta Relatora, adota-se o entendimento perfilhado pela SBDI-1 desta Corte, segundo o qual é necessário, para a configuração do **grupo econômico, que haja relação de subordinação hierárquica entre as empresas**. Precedente. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. Verificado que o Recorrente buscou a manifestação do Regional sobre aspectos relevantes para a solução da controvérsia, não se verifica o intuito protelatório, circunstância que afasta a incidência da multa prevista no

art. 1.026 , § 2.º , do CPC/2015 . Recurso de Revista conhecido e provido.

(TST - RECURSO DE REVISTA RR 104108120165180018, 4ª Turma – Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 10/08/2018)

COMENTÁRIO GRUPO ECONÔMICO

Percebe-se, através dos arestos transcritos, que os Tribunais Regionais do Trabalho, inclusive o TRT da 7ª Região, antes mesmo da alteração promovida no art. 2º, da CLT, já adotavam a tese da relação de coordenação de interesses e a atuação conjunta das empresas integrantes do grupo para a caracterização do grupo econômico, não havendo necessidade de se comprovar a existência de hierarquia entre as empresas.

Por outro lado, o TST, por meio da SDI-I, exigia, para a configuração do grupo econômico, a existência de relação hierárquica de uma empresa sobre a outra, não sendo suficiente a mera relação de coordenação entre elas.

Com as alterações promovidas nos parágrafos segundo e terceiro do art. 2º, da CLT, certamente, deverá haver uma alteração na orientação da jurisprudência do TST, no sentido de reconhecer, na simples relação de coordenação entre as empresas, a existência do grupo econômico.

SÓCIO RETIRANTE

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE . AJUIZAMENTO DA AÇÃO E TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA DA SOCIEDADE OCORRIDOS ANTES DA RETIRADA DO SÓCIO. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 5º, XXXVI, da CF/88, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. B) RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR

À LEI 13.467/2017. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO E TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA DA SOCIEDADE OCORRIDOS ANTES DA RETIRADA DO SÓCIO. Os artigos 1.003 e 1.032 do Código Civil de 2002 impõem ao sócio retirante a responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos depois de averbada a alteração contratual. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, ajuizada a reclamação trabalhista no prazo de dois anos após a averbação da retirada do sócio no contrato social, é plenamente válida a sua responsabilização pelas obrigações da sociedade contraídas quando ele ainda a integrava (julgados). No caso dos autos, a reclamação trabalhista foi ajuizada em 20/3/2012, antes da retirada do sócio e quando ele ainda integrava o quadro societário, já que a alteração do contrato social se deu apenas em 10/11/2014. Observe-se, além disso, que a decisão condenatória transitou em julgado em 6/11/2012. Nesse contexto, deve ser reconhecida a responsabilidade do sócio retirante, representando ofensa ao art. 5º, XXXVI, da CF a decisão do TRT que determinou sua exclusão da lide. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR 5110920125030021, 3ª Turma, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 27/02/2019, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019)

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO QUE SE RETIRA DA SOCIEDADE. APLICAÇÃO DA LIMITAÇÃO TEMPORAL PREVISTA NO ART. 10-A DA CLT. RATIFICAÇÃO DO ART. 1.032 DO CC. Considerando que a reforma trabalhista, por meio do art. 10-A da CLT, trouxe de forma textual a absolvição do sócio retirante 2 anos após a averbação da modificação do contrato, ratificando a aplicação do art. 1.032 do CC no processo do trabalho, e tendo em vista que restou comprovado que a inclusão do sócio no pólo passivo ocorreu mais de 2 anos depois da averbação de sua retirada, impõe-se reconhecer que não lhe cabe responder pelo crédito trabalhista devido ao agravante (terceiro embargado).

(TRT-17 - AP: 00016972520175170014, Relator: WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, Data de Julgamento: 14/02/2019, Data de Publicação: 12/03/2019)

EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. Considerando os princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da celeridade, e principalmente considerando que se trata da satisfação de um crédito de natureza alimentar e que o trabalhador não pode ser responsabilizado pelo risco do negócio, não há qualquer ilegalidade na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando foram exauridos os meios para satisfazer a pretensão executória com base no patrimônio da sociedade empresária.

(TRT-17 - AP: 00005358520185170005, Relator: WANDA LÚCIA COSTA LEITE FRANÇA DECUZZI, Data de Julgamento: 14/02/2019, Data de Publicação: 12/03/2019)

SÓCIO RETIRANTE. OBRIGAÇÕES CONSTITUÍDAS À ÉPOCA EM QUE O SÓCIO INTEGRAVA O QUADRO SOCIETÁRIO. RESPONSABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.032 DO CÓDIGO CIVIL. O art. 1.032 do CC estabelece que "a retirada, exclusão ou morte do sócio, não o exime, ou a seus herdeiros, da responsabilidade pelas obrigações sociais anteriores, até dois anos após averbada a resolução da sociedade; nem nos dois primeiros casos, pelas posteriores e em igual prazo, enquanto não se requerer a averbação". Disso resulta que os sócios ativos e também os sócios retirantes, mesmo não sendo devedores originários, podem figurar no polo passivo da execução, respondendo seus bens pelas dívidas contraídas pela sociedade. No caso, trata-se de ação ajuizada na vigência da Lei nº 13.467/2017, referente à prestação de serviços ocorrida em período anterior, a saber, de 14/11/2011 a 31/10/2017, envolvendo execução de acordo judicial não cumprido, firmado em 3/4/2018, com expressa previsão de responsabilidade solidária dos sócios, com bens pessoais, presentes e futuros (art. 790, II, do CPC, c/c art. 769, da CLT). Ademais, o agravante retirou-se da sociedade, mas não há prova de quando ocorreu a saída, porém é certo que era sócio da reclamada desde maio/2014 e a prestação dos serviços da qual decorre a reclamação de direitos trabalhistas ocorreu no período de 14/11/2011 a 31/10/2017, razão pela qual responde pelas obrigações contraídas pela so-

cidade, nos termos do art. 1.032 do CC. Agravo de petição desprovido.

(TRT-22 - AGV: 000000938420185220101, 1ª Turma, Relator: Arnaldo Boson Paes, Data de Julgamento: 11/03/2019)

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÓCIO RETIRANTE. BENEFÍCIO DA ORDEM.

Afirma a ilegalidade do redirecionamento da execução contra o agravante, porquanto não mais integrante do quadro societário desde o ano de 2012. Outrossim, sustenta a existência de bens do devedor principal passíveis de penhora.

Sem razão.

Isso porque o agravante se retirou da sociedade em 20-11-2012, com registro na JUCESC em 11-12-2012, tendo o contrato com o autor se desenvolvido no período de fevereiro/2012 a outubro/2012, e a ação trabalhista proposta em 13-12-2013, tenho por observado o prazo de que trata o art. 10-A da CLT, razão pela qual deverá responder subsidiariamente pela integralidade dos créditos trabalhistas devidos na presente ação, in verbis:

O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato [...]

No que tange ao esgotamento das tentativas de execução, registro a efetivação de inúmeras medidas a disposição do juízo contra a pessoa jurídica e os atuais integrantes do quadro societário. Todavia, apesar da intensa utilização dos Convênios BacenJud e RenaJud, as penhoras efetuadas foram insuficientes à integral satisfação do débito.

Portanto, diante da plena observância da ordem de preferência expressamente prevista no dispositivo celetista supracitado, não há falar em equívoco no redirecionamento dos atos executórios em desfavor do agravante.

Ademais, compete ao sócio interessado na observância do benefício de ordem indicar bens, livres e desembaraçados, dos devedores que os antecede aptos a responder pelo crédito exequendo (art. 795, §§ 1º e 2º do CPC/15, por força da norma autorizadora do art. 769 da Consolidação). Ou seja, a execução contra os sócios atuais e a ex-empregadora ainda não se en-

cerrou e pode a qualquer momento receber informação acerca da localização de bens ou numerário aptos a satisfazer o débito trabalhista, bastando à parte interessada indicar ao Juízo bens dos demais devedores passíveis de constrição.

Nego provimento.

(TRT-12 - AP: SC 0007227-26.2013.5.12.0002, 3ª Turma, Relator: LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, Data de Publicação: 11/03/2019)

COMENTÁRIO SÓCIO RETIRANTE

Percebe-se, pela jurisprudência colacionada, a plena aplicação do disposto no art. 10-A, da CLT, acrescentado pela Lei nº 11.467/2017, no sentido de limitar a responsabilidade do sócio retirante ao período em que esse fazia parte do quadro societário, desde que a postulação se dê no prazo de dois anos após a averbação da sua retirada. Percebe-se, do mesmo modo, a utilização da regra do benefício de ordem, cabendo, contudo, ao sócio retirante acionado indicar bens livres e desembaraçados dos demais sócios e da sociedade, aptos a responder pelo crédito exequendo (art. 795, §§ 1º e 2º do CPC/15)

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO VI

TRABALHO AUTÔNOMO

Ementa: RELAÇÃO DE EMPREGO. PROVA. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. A relação de emprego se notabiliza e distingue do trabalho autônomo primordialmente pela subordinação jurídica. Na sua ausência, impossível acolher a pretensão do reclamante.

(TRT-3 - RO: 0010379-65.2017.5.03.0108, Relator: Ricardo Antonio Mohallem, 9ª Turma, Publicado aos 07/06/2019)

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL x RELAÇÃO DE EMPREGO. Quando da averiguação da existência de contrato autônomo de representante comercial ou relação de emprego deve ser analisado o modo de concretização do trabalho pactuado, ou seja, o modus faciendi da prestação do serviço. A ausência ou não de subordinação é que determinará a configuração de trabalho autônomo ou de vínculo de emprego.

(TRT-3 - RO 00113986820185030077, Relatora Convocada: Ana Maria Cavalcanti, Decima Primeira Turma, Publicado aos 06/06/2019)

Ementa: VÍNCULO DE EMPREGO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUTÔNOMO. Para a caracterização do vínculo de emprego, necessário a presença de todos os seus requisitos, quais sejam, trabalho prestado por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. Aduzindo a parte reclamada se tratar de contrato de prestação de serviços de autônomo, seu é o ônus da prova da ausência dos requisitos do contrato de trabalho, ônus do qual, no caso, se desvencilhou. Recurso ordinário do reclamante ao qual se nega provimento.

(TRT-2 RO 10002668320175020004 SP, Relator: SONIA MARIA FORSTER DO AMARAL, 2ª Turma, Data de Publicação: 07/06/2019)

RECURSO ORDINÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TRABALHADOR AUTÔNOMO. COMPROVAÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Se a reclamada admite a prestação de serviços por parte da autora, atrai para si o ônus

quanto à existência de fato modificativo do direito da reclamante, nos termos do art. 373, inciso II do NCPC c/c art. 818 da CLT. Tendo a ré demonstrado, conforme a prova oral produzida, que o autor lhe prestou serviços na qualidade de autônomo, não há que se falar em reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes. Recurso do reclamante a que se nega provimento.

(TRT-1 - RO: 01000046420165010282 RJ, Relator: JORGE ORLANDO SERENO RAMOS, Data de Julgamento: 09/05/2019, Data de Publicação: 07/06/2019)

Ementa: GERENTE COMERCIAL. VÍNCULO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

O simples fato de o reclamante ser sócio de outras empresas não pode, por si só, impedir que seja empregado em uma outra empresa. Além disso, as testemunhas, inclusive uma arrolada pela reclamada, apresentaram elementos que permitem concluir que o reclamante exercia a função de gerência comercial, de forma contínua, pessoal, subordinada e onerosa. Portanto, não há como deixar de reconhecer a existência de relação de emprego entre as partes. Recurso não provido.

(TRT-21 - RO: 00014297220175210009, Data de Julgamento: 05/06/2019, Data de Publicação: 07/06/2019)

VÍNCULO DE EMPREGO. CORRETOR DE SEGUROS. BRANDESCO VIDA E PREVIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. Caso em que a reclamante atuava como corretora de seguros autônoma, na forma da Lei nº 4.594/64, embora tenha utilizado a estrutura de agências do banco reclamado para viabilizar o exercício de sua atividade, nos moldes do acordo operacional existente. Ausência de prova robusta acerca da existência de subordinação jurídica à companhia de seguros, prevalecendo o contrato de corretagem autônoma celebrado e a vedação legal de manutenção de vínculo de emprego entre o corretor e a companhia de seguros.

(TRT-4 - RO: 00222222020155040512, 8ª Turma, Data de Julgamento: 06/06/2019)

COMENTÁRIO TRABALHO AUTÔNOMO

Percebe-se, por meio da leitura dessas ementas que, apesar do legislador reformador pretender maximizar os aspectos formais da relação de trabalho, nos termos do art. 442-B, da CLT, os Juízes do Trabalho continuam atentos à análise de cada situação concreta, interpretando à luz do princípio da primazia da realidade. Desse modo, a subordinação jurídica continua sendo o traço distintivo entre o trabalho autônomo e o subordinado.

Destarte, a possibilidade de contrato autônomo exclusivo e contínuo – verdadeira teratologia jurídica -, tal como previsto no dispositivo supra citado, requererá do intérprete e o do aplicador da lei uma análise mais acurada a respeito da presença ou ausência dos elementos caracterizadores da relação de emprego.

CONTRATO INTERMITENTE

I) AGRAVO DE INSTRUMENTO – RITO SUMARÍSSIMO – TRABALHO INTERMITENTE – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, II, DA CF.

Tratando-se de matéria nova a relativa ao trabalho intermitente, reconhece-se a transcendência jurídica do recurso de revista, e constatando-se a recusa do Regional na aplicação da nova Lei nº 13.467/17 à modalidade intermitente de contratação, a hipótese é de reconhecimento de violação do art. 5º, II, da CF, em processo submetido ao rito sumaríssimo.

Agravo de instrumento provido.

II) RECURSO DE REVISTA – RITO SUMARÍSSIMO – TRABALHO INTERMITENTE – MATÉRIA NOVA – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, II, DA CF – DESRESPEITO PATENTE À LEI 13.467/17, QUE INTRODUZIU OS ARTS. 443, § 3º, E 452-A NA CLT.

1. Constitui matéria nova no âmbito deste Tribunal, a ensejar o conhecimento de recurso de revista com base em sua transcendência jurídica (CLT, art. 896-A, § 1º, IV), aquela concernente ao regramento do trabalho intermitente, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.467/17.

2. Discutida a matéria em recurso oriundo de processo submetido ao rito sumaríssimo, apenas por violação direta de dispositivo constitucional se pode conhecer do apelo, nos termos do § 9º do art. 896 da CLT.

3. É pacífica a jurisprudência do TST no sentido de que, excepcionalmente, pode-se conhecer de recurso de revista em rito sumaríssimo por violação ao princípio da legalidade inculcado no art. 5º, II, da CF, como forma de controle jurisdicional das decisões dos TRTs que deixarem flagrantemente de aplicar dispositivo legal que rege a matéria em debate (Precedentes de todas as Turmas, em variadas questões).

4. *In casu*, o 3º Regional reformou a sentença, que havia julgado improcedente a reclamatória, por entender que o trabalho intermitente "deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas" e que "não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa".

5. Pelo prisma da doutrina pátria, excessos exegéticos assomam tanto nas fileiras dos que pretendem restringir o âmbito de aplicação da nova modalidade contratual, como nas dos que defendem sua generalização e maior flexibilidade, indo mais além do que a própria lei prevê.

6. Numa hermenêutica estrita, levando em conta a literalidade dos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, que introduziram a normatização do trabalho intermitente no Brasil, tem-se como "intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria" (§ 3º). Ou seja, não se limita a determinadas atividades ou empresas, nem a casos excepcionais. Ademais, fala-se em valor horário do salário mínimo ou daquele pago a empregados contratados sob modalidade distinta de contratação (CLT, art. 452-A).

7. Contrastando a decisão regional com os comandos legais supracitados, não poderia ser mais patente o desrespeito ao princípio da legalidade. O 3º Regional, refratário, como se percebe, à reforma trabalhista, cria mais parâmetros e limitações do que aqueles impostos pelo legislador ao trabalho intermitente, malferindo o princípio da legalidade, erigido pelo art. 5º, II, da CF como baluarte da segurança jurídica.

8. Ora, a introdução de regramento para o trabalho intermitente em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se encontravam na informalidade (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de "bicos", sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das novas modalidades contratuais existentes no mundo, flexibilizando a forma de contratação e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho.

9. Nesses termos, é de se acolher o apelo patronal, para restabelecer a sentença de improcedência da reclamatória trabalhista.

Recurso de revista conhecido e provido.

(TST – PROC. Nº TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097, AC. 4ª TURMA, Relator:Ministro IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO; julgado aos 07/08/2019)

COMENTÁRIO

A decisão, em tela, foi prolatada pela 4ª turma do TST, reformando decisão do TRT da 3ª Região, que havia decidido que o contrato intermitente somente poderia ser utilizado em caráter excepcional, não se prestando para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular do empregador.

A 4ª turma do TST entendeu que o contrato intermitente não se limita a determinadas atividades ou empresas, nem a casos excepcionais. Entendeu o TST que o TRT da 3ª Região afrontou o princípio da legalidade, eis que a CLT (arts. 443, § 3º, e 452-A) não impõe limitações a este tipo de contrato de trabalho instituído pela Lei nº 13.467/2017.

Onde se vê a precarização do contrato de trabalho, a 4ª turma do TST enxergou segurança jurídica; onde o TST viu uma forma de combate ao desemprego, nós enxergamos a criação de verdadeiros subempregos, pois os trabalhadores não têm sequer a garantia de perceberem um salário mínimo mensal nem acesso à previdência social, se auferirem valor inferior ao mínimo legal.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO VII

JORNADA DE TRABALHO - HORAS EXTRAS

O enquadramento da trabalhadora na hipótese do art. 62, III, da CLT, se vincula ao cumprimento de trabalho incompatível com a fixação de horário. A Constituição Federal fixa limite de trabalho e essa é a regra. A exceção não decorre da mera previsão legal, porque se assim o fosse não estaria em compasso com a Constituição Federal. Ela decorre da impossibilidade de controle da jornada de trabalho cumprida.

O que importa, pois, é a impossibilidade de controle de horário e não a inexistência de controle.

No presente caso é incontroverso que a autora foi contratada para laborar sob a modalidade “*home office*” ou “*teletrabalho*”, nos termos do art. 62, inciso III, da CLT, em que o empregado executa seu mister na sua própria residência.

A r. sentença se pautou na prova testemunhal de que “*não era possível trabalhar sem estar logado*”, para concluir que havia possibilidade de a reclamada fazer o controle de jornada da reclamante, através do “*login*” e “*logout*”.

Penso diversamente. A Lei especificamente excepcionou o teletrabalho do controle de horário pela sua impossibilidade, como regra. Contra o que é normal, compete prova contrária. Assim, competia à reclamante fazer prova da exceção e demonstrar o efetivo controle da sua jornada de trabalho. Com o devido respeito, o simples fato de a trabalhadora se encontrar “*logada*” em um sistema não importar concluir que durante todo o período esteve prestando serviços. Sem outras provas, não há como se presumir que estando em sua residência não usufrísse de várias pausas e micropausas, em atendimento aos seus interesses, mesmo estando com o computador “*logado*” no sistema da empresa.

O desenvolvimento da tecnologia e velocidade das informações abriu novas modalidades de prestação de serviço e, a lei, vem se adaptando a essa nova realidade. Por isso reconheceu o trabalho “*home office*”, excepcionando-o da regra geral do controle de jornada. Prova contra essa exceção deve ser robusta e, a simples necessidade de se manter “*logado*” para a prestação de serviços

mostra-se insuficiente, sem outras provas, para a conclusão de que o tempo de trabalho era possível de ser controlado.

Assim, conclui-se que a reclamante mantinha atividade enquadrada no art. 62, III, da CLT, motivo pelo qual não tem direito a horas extras e reflexos.

Dou provimento.

(TRT-2 Proc. Nº 10020300720185020607 SP, Relator: PAULO JOSE RIBEIRO MOTA, 13ª Turma, Data de Publicação: 17/07/2019)

HORAS EXTRAS - TELETRABALHO

A reclamante narrou, na inicial, que permanecia à disposição da empregadora após o expediente normal de trabalho, quando, em regime de teletrabalho, realizava relatórios, respondia e-mails, confirmava informações sobre entrega de materiais, dentre outras atividades. Descreveu que, no período de setembro de 2010 a março de 2013, esse sobrelabor ocorria três vezes por semana, "até por volta das 22:00", e dois finais de semana por mês, "até as 18:00". Já no período de abril de 2013 a 08/09/2014, esse regime de trabalho ocorria uma vez por semana, até as 22:00, e um final de semana por mês, até as 18:00 (vide ID af60e6d - Pág. 13).

A defesa da reclamada se limitou a ressaltar que todos os horários trabalhados encontram-se registrados nos cartões de ponto apresentados, conforme se vê do ID 39f86b0 - Pág. 7.

Contudo, na audiência de instrução a preposta declarou "que a reclamante tinha acesso ao sistema da sua residência; que não sabe informar se a reclamante realizava atividades laborais quando estava na sua residência; que, oficialmente, não há teletrabalho na empresa; que todas as vezes que a reclamante se logou ao sistema o sistema registou sua atividade; que, se a reclamante realizou trabalho a distância, o mesmo foi consignado no sistema; que é fácil levantar esses dados" (ID 95cbaea - destaques acrescidos).

.....
O juízo da origem, sopesando os depoimentos da preposta e da testemunha arrolada pela reclamante, considerou procedente o pleito de horas extras, arbitrando, como início do labor extraor-

diário, o horário das 19:00 para os dias da semana, e 9:00 para os finais de semana.

Pois bem. Apesar do inconformismo da ré, é certo que o depoimento da preposta deu ensejo à confissão ficta acerca do direito perseguido pela trabalhadora, na medida em que ficou consignada a completa ausência de conhecimento acerca da matéria, conforme se vê do seguinte trecho: "que não sabe informar se a reclamante realizava atividades laborais quando estava na sua residência". Além disso, a preposta também reconheceu expressamente a possibilidade de acesso remoto aos sistemas da empresa e o amplo controle, por esta, dos horários e duração das conexões: "que a reclamante tinha acesso ao sistema da sua residência; que todas as vezes que a reclamante se logou ao sistema o sistema registrou sua atividade".

Desse modo, agiu bem o juízo ao impor à reclamada a apresentação dos controles de acesso ao sistema, deslocando o ônus da prova à parte mais apropriada para tanto.

.....
Logo, diante de todos esses elementos, correta a r. sentença ao deferir as horas extras postuladas em razão do teletrabalho alegado na petição inicial."

(TRT-15 - RO: 00121124320155150095, Relator: MARCIA CRISTINA SAMPAIO MENDES, 4ª Câmara, Data de Publicação: 11/02/2019)

COMENTÁRIO

Vê-se, por intermédio das decisões colacionadas, que o simples fato dos empregados, em regime de teletrabalho, terem sido enquadrados no rol das exceções elencadas no art. 62, da CLT, não significa que esteja elidida, de maneira absoluta, a possibilidade de pagamento de horas extraordinárias.

A análise deverá ser feita em cada caso, devendo ser reconhecido o direito à percepção de horas extras se for constatado em juízo o efetivo controle da jornada pelos meios telemáticos e informatizados de comando e controle, nos termos do art. 6º, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO VIII

INTEGRAÇÃO DO VALE REFEIÇÃO/CHEQUE RANCHO. BANRISUL. A instituição da parcela vale alimentação/cheque rancho ocorreu nos termos da Resolução nº 3395-A, que nada referiu acerca da natureza indenizatória da verba. Partindo de tal premissa, tem-se que as parcelas em questão detêm natureza remuneratória em sua constituição, condição que se incorporou ao contrato de trabalho da reclamante. Desse modo, alterações promovidas em normas coletivas posteriores não o atingem, tampouco a inclusão posterior do reclamado no PAT, sob pena de ofensa ao disposto no art. 468 da CLT.

(TRT-4 - RO: 00206012620175040121, Acórdão 5ª Turma, Data de Julgamento: 22/05/2019)

Lê-se na fundamentação desse acórdão do TRT da 4ª Região: “INTEGRAÇÃO DO CHEQUE RANCHO - VALE REFEIÇÃO

Conforme se infere dos autos, a reclamante foi admitida pelo reclamado em 15 de janeiro de 1990. A parcela denominada cheque rancho foi instituído pela Diretoria Executiva do Banco do Estado do Rio Grande do Sul, em 17 de julho de 1990, por meio da Resolução nº 3395-A, não havendo qualquer menção no aludido instrumento quanto à possível natureza indenizatória da parcela (ID. 1df64ec - item 6).

Do mesmo modo, conforme conhecimento deste Relator, em face de outras demandas submetidas à apreciação, as normas coletivas firmadas no ano de 1990 também não atribuíram natureza indenizatória às vantagens em questão, quer seja ao cheque rancho, quer seja ao vale alimentação.

Considerando, portanto, que em sua origem tais parcelas foram estabelecidas com nítido caráter remuneratório, impõe-se a observância do disposto no art. 458 da CLT. No mesmo sentido, entendo aplicável à hipótese o entendimento contido na Súmula nº 241 do TST: *SALÁRIO-UTILIDADE. ALIMENTAÇÃO. O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.*

Nesse contexto, entendo que a natureza remuneratória das parcelas incorporou ao contrato de trabalho da reclamante, de

forma que as alterações promovidas nas normas coletivas posteriores não o atingem. Isso porque não está ao alcance dos instrumentos normativos conferir à parcela natureza indenizatória, ou mesmo à empresa vinculá-la ao PAT, quando anteriormente já vinha efetuando seu pagamento com natureza diversa, sob pena de ofensa ao disposto no art. 468 da CLT.

Assim sendo, a recorrente faz jus ao pagamento de diferenças salariais pela integração do cheque rancho e vale alimentação com reflexos em férias com 1/3, 13º salário, gratificação semestral e FGTS. De outro lado, são indevidos os reflexos em repouso semanais remunerados, pois a parcela era paga em valor fixo mensal incluindo os repouso.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário da reclamante para acrescer à condenação o pagamento de diferenças de férias com 1/3, abonos, 13º salário, gratificação semestral e FGTS, pela integração do cheque rancho e vale alimentação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.

1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não se divisa nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, quanto aos temas "confissão ficta da 1ª reclamada", "valor da remuneração", "diferenças de FGTS", "horas extras/art. 62, I, da CLT", "multa do art. 467 da CLT", "indenização por danos morais e materiais" e "responsabilidade subsidiária", porque se verifica que o órgão julgador se manifestou, com fundamentos jurídicos pertinentes, a respeito das questões invocadas pelo reclamante. A mera objeção aos interesses da parte não dá azo à arguição de nulidade do julgado. Não se caracteriza, nesse contexto, hipótese de prestação jurisdicional incompleta. Incólumes os arts. 93, IX, da CF, 832 da CLT e 489 do CPC. Agravo de instrumento conhecido e não provido. 2. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Considerando o princípio da celeridade processual insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, bem como diante da possibilidade de êxito do recurso no tocante ao tema supramencionado, deixa-se de analisar a preliminar de negativa de entrega da jurisdição, quanto ao tema em epígrafe, tendo em vista os termos do § 2º do art. 282 do CPC. 3. INTEGRAÇÃO DAS COMISSÕES NA BASE DE CÁLCULO

DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. Diante da possível violação do art. 193, § 1º, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. INTEGRAÇÃO DAS COMISSÕES NA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. As comissões, por força do art. 457, caput e § 1º, da CLT, também integram o salário. Assim, o salário é composto pela parte fixa e pelas comissões auferidas pelo empregado. Por outro lado, o art. 193, § 1º, da CLT limita-se a excluir da base de cálculo do adicional de periculosidade as gratificações, os prêmios e a PLR, e, portanto, não retira as comissões da base de cálculo daquela parcela. Assim, a base de cálculo do adicional de periculosidade é composta não apenas pela parte fixa do salário do empregado, mas também pela parte variável (comissões) auferida. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - ARR: 6676820165070013, Relatora: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 03/04/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/04/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. MULTA DO ART. 477 DA CLT. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM JUÍZO. A questão atinente à incidência da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT, nas hipóteses de reconhecimento de vínculo de emprego em juízo, não comporta maiores controvérsias no âmbito deste Tribunal Superior, porquanto pacificada na Súmula nº 462. 2. 14º SALÁRIO E PRÊMIOS. NATUREZA JURÍDICA. O Tribunal Regional consignou que a reclamada deixou de demonstrar a alegada eventualidade no pagamento das parcelas 14º salário e prêmios, pelo contrário, destacou a existência de pagamentos reiterados em benefícios de seus empregados a tal título. Nesse contexto fático, insuscetível de revisão nessa instância extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST, incólume o artigo 457 da CLT. 3. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS. ÍNDICE APLICÁVEL. Consoante entendimento adotado pela 8ª Turma, com base na decisão do Tribunal Pleno desta Corte Superior (TST - ArgInc - 479 - 60.2011.5.04.0231 e ED - ArgInc - 479 - 60.2011.5.04.0231), na correção dos créditos trabalhistas, aplica-se a TR até 24/3/2015 e o IPCA a partir

de 25/3/2015. Esta Turma considera ainda, entendimento a que esta relatora se submete por disciplina judiciária, que o art. 879, § 7º, da CLT perdeu a sua eficácia normativa, em face da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 39 da Lei nº 8.177/91, porquanto o dispositivo da legislação esparsa conferia conteúdo à norma da CLT, tendo em vista a adoção de fórmula remissiva pelo legislador. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TST - AIRR: 4848520145150097, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 08/05/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2019)

Lê-se na fundamentação desse acórdão da 8ª Turma do TST:

14º SALÁRIO E PRÊMIOS. NATUREZA JURÍDICA.

Eis os termos da decisão regional:

"14º SALÁRIO E PRÊMIOS

Diante do reconhecimento do vínculo jurídico de emprego mantido entre as partes, o MM. Juízo de primeiro grau condenou a reclamada ao pagamento do "*prêmio especial, no percentual de 40% de seu salário mensal, exclusivamente para os meses de dezembro de 2009 e 2010, bem como do prêmio em datas comemorativas, no importe de R\$ 30,00, para os meses em que se comemora carnaval, páscoa, dia das mães, dia dos namorados, dia dos pais, dia das crianças e finados até dezembro de 2010.*" Esclareceu que a limitação temporal da condenação se deve ao fato de que, a partir de 2011, a reclamada substituiu o pagamento do prêmio especial e dos prêmios em datas comemorativas pela PLR. Por fim, reconheceu a natureza salarial das parcelas, deferindo reflexos em outras verbas contratuais e rescisórias.

A reclamada afirma que as parcelas em destaque não possuem natureza salarial, na medida em que eram gratificações esporádicas, pagas de forma aleatória e não ajustada, por mera liberalidade. Assim, pugna pela exclusão dos reflexos deferidos.

O reclamante, por sua vez, pretende estender a condenação "*após 2010 até 2014, haja vista que esses foram incluídos em holerite para os funcionários da recorrida após essa data* «. Destaca que somente teve seu vínculo empregatício reconhecido

neste processo, portanto não tinha como receber tais valores no holerite nos anos em que a reclamada começou a pagá-los desta forma.

Vejamos.

Conforme bem ressaltado na sentença, a partir de 2011 a reclamada substituiu o pagamento do prêmio especial e dos prêmios em datas comemorativas pela PLR (acordo coletivo de fls. 362/366).

Assim, tendo em vista que não há na petição inicial pedido relativo à PLR, inviável o acolhimento da pretensão do autor.

Agora, passo à análise da natureza jurídica das parcelas em discussão.

Ao alegar fato impeditivo do direito postulado, a ré atraiu para si o ônus da prova (CLT, artigo 818; CPC, artigo 333, II, vigente à época). Deveria, assim, demonstrar por meio dos respectivos comprovantes, a alegada eventualidade no pagamento dos valores a título de prêmio especial e dos prêmios em datas comemorativas. Disso, todavia, não se desincumbiu.

Ora, os pagamentos reiterados em benefício de seus empregados evidenciam a natureza jurídica salarial das parcelas em destaque, razão pela qual assim devem ser consideradas para fins de incidência em outras verbas contratuais, conforme deferido na sentença.

Nego provimento." (fls. 1019/1020)

Às fls. 1051/1053, a reclamada sustenta que as parcelas 14º salário e prêmios não detinham natureza jurídica salarial, uma vez que eram «*gratificações esporádicas, pagas de forma aleatória e não ajustada, por mera liberalidade do empregador, não se encontra entre o rol de parcelas que integram o salário em sentido estrito, conforme disposto no artigo 457 da CLT.*»

Aponta ofensa aos artigos 5º, II, da CF e 457 da CLT.

Sem razão.

O Tribunal Regional decidiu a controvérsia sob a ótica das regras de distribuição do ônus da prova, consignando que a reclamada não se desvencilhou do ônus de comprovar o fato impeditivo do direito postulado, deixando de demonstrar a alegada eventualidade no pagamento das parcelas 14º salário e prêmios.

Destacou que *“os pagamentos reiterados em benefício de seus empregados evidencia a natureza jurídica salarial das parcelas em destaque”*. Diante desse contexto fático, insuscetível de revisão nessa instância extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST, incólume o artigo 457 da CLT.

Por sua vez, a alegação de afronta ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, da Constituição Federal, não impulsiona o recurso de revista, segundo a dicção do art. 896, c, da CLT, pois sua constatação demandaria incursão na legislação infraconstitucional, podendo configurar hipótese de violação meramente reflexa (Súmula nº 636 do STF).

Nego provimento.

COMENTÁRIO

As decisões retro reforçam o entendimento de que o rol do § 1º, do art. 457, da CLT, é meramente exemplificativo, pois existem parcelas outras que, por serem habituais, decorrerem do trabalho prestado por conta alheia, têm típica natureza salarial, como os adicionais legais e as gratificações convencionadas.

No acórdão do TRT da 4ª Região, é reconhecida a natureza salarial de parcela denominada cheque rancho, paga aos empregados do BANRISUL. Por outro lado, o TST atestou a natureza salarial de parcela denominada 14º salário.

Assim, deve prevalecer não a simples denominação que o empregador dê à parcela, mas a sua verdadeira natureza jurídica.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO IX

EQUIPARAÇÃO SALARIAL.

Não tendo a trabalhadora executado tarefas idênticas, e com a mesma produtividade da paradigma apontada, não há falar em equiparação salarial. Recurso da reclamante não provido.

(TRT - 4 - RO: 00203657920175040281, Acórdão 5ª Turma, Data de Julgamento: 23/05/2019)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. A teor da Súmula 6, inciso III, do C. TST, somente é possível a equiparação salarial quando reclamante e paradigma exerçam as mesmas funções, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm ou não a mesma denominação. Por não ter a reclamada pessoal organizado em quadro de carreira e por possuírem os cargos ocupados pelos cotejados nomenclaturas diversas, competia ao autor comprovar a identidade de funções, por ser fato constitutivo do direito postulado e desse ônus não se desfez.

(TRT-1 - RO: 01014841320165010077 RJ, Relator: ANGELA FIORENCIO SOARES DA CUNHA, Data de Julgamento: 26/03/2019, Data de Publicação: 30/03/2019)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Nos termos da Súmula nº 6, item VIII, do TST, é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação. Do empregado é o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, é seu encargo demonstrar o exercício de funções idênticas, com vistas à equiparação salarial pretendida.

(TRT-4 - RO: 00217371420165040341, Acórdão 8ª Turma, Data de Julgamento: 06/06/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. Extraí-se da decisão regional que, embora presentes os requisitos da equiparação salarial previstos no artigo 461 da CLT em relação ao paradigma imediato na função de Assistente Operacional de Suporte II, verificou-se que a rubrica a mais no holerite do citado paradigma decorria de decisão judicial em que obteve equiparação salarial na função de Caixa. Nessa senda, consignou a Corte de origem que

restou demonstrado fato impeditivo ao pedido de equiparação, qual seja a ausência de identidade de funções entre o obreiro e o paradigma remoto. Diante das premissas fático-probatórias delineadas pelo Regional e insuscetíveis de reexame nesta etapa recursal, a teor da Súmula nº 126 do TST, não se vislumbra ofensa ao artigo 461 da CLT, tampouco contrariedade à Súmula nº 6, VI, do TST, mas sim sua observância. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TST - AIRR: 113142320155010079, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 08/05/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2019)

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. AUSÊNCIA DE ALTERNÂNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. HIPÓTESE EM QUE O QUADRO DE CARREIRA NÃO INVIABILIZA A PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 418 DA SBDI-1 DO TST. A Turma não negou a homologação do quadro de carreira pelo órgão competente, apenas considerou que o quadro organizado em carreira não inviabilizaria a pretensão de equiparação salarial, pois não havia uma sistemática de promoções alternadas por merecimento e antiguidade, ou seja, registrou que o quadro de carreira existente não foi posto em prática. Assim, não há falar em contrariedade à Súmula nº 6, itens I e II, do TST, em face de sua inaplicabilidade ao caso concreto. Por sua vez, a decisão proferida pela Turma mostra conformidade com o entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial nº 418 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho: "EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. APROVAÇÃO POR INSTRUMENTO COLETIVO. AUSÊNCIA DE ALTERNÂNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. (DEJT divulgado em 12, 13 e 16.04.2012) Não constitui óbice à equiparação salarial a existência de plano de cargos e salários que, referendado por norma coletiva, prevê critério de promoção apenas por merecimento ou antiguidade, não atendendo, portanto, o requisito de alternância dos critérios, previsto no art. 461, § 2º, da CLT" .

Assim, tendo em vista o entendimento firmado por esta Corte superior, que afasta o impedimento à equiparação salarial ante a inobservância do requisito de alternância dos critérios de promoção, merecimento e antiguidade, a decisão da Turma converge com o posicionamento jurisprudencial sedimentado no âmbito desta Corte superior de natureza extraordinária. Embargos não conhecidos.

(TST - E-ED-RR: 5818008020075120036, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/04/2019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 12/04/2019)

COMENTÁRIO

Apesar das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 na redação do art. 461, da CLT, o critério básico para ser reconhecida a equiparação salarial continua sendo a identidade de funções e o trabalho de igual valor, considerado como aquele feito com igual produtividade (mesma quantidade) e com a mesma perfeição técnica (mesma qualidade).

As duas decisões do TST, antes citadas, foram prolatadas no presente ano, mas tiveram por fundamento o entendimento jurisprudencial e a redação do art. 461, anterior à reforma trabalhista, que admitia a equiparação salarial com paradigma remoto.

Como vimos, o novo texto do art. 461 não admite a equiparação com paradigma remoto, bem como admite que as promoções previstas em plano de cargos sejam procedidas mediante o implemento de apenas um dos critérios previstos em lei – antiguidade ou merecimento – não se exigindo a alternância entre eles. Desse modo, resta prejudicada a OJ 418, da SDI-1.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO X

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. TRANSPORTE DE VALORES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. Acompanha-se o atual entendimento desta Corte, no sentido de que o transporte de valores por parte do empregado, como atividade para a qual ele não foi contratado, tampouco capacitado ou, ainda, quando a exposição ao risco é acentuada, atrai a responsabilidade objetiva do empregador, resguardando, conseqüentemente, o direito ao recebimento da indenização por dano moral. Recurso de Revista conhecido e provido.

(TST - RR: 4074820175060412, Data de Julgamento: 12/12/2018, Data de Publicação: DEJT 14/12/2018)

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º [13.015](#)/14. TRANSPORTE COLETIVO. COBRADOR. ASSALTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O Tribunal Pleno do TST, nos autos do Proc. E-RR-184900-63.2007.5.16.0015, na sessão realizada em 29/09/2015, firmou entendimento acerca da ‘responsabilidade civil objetiva do empregador, com fundamento no risco gerado pela atividade empresarial (artigo [927](#), [parágrafo único](#), do [Código Civil](#)). Referido Precedente veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, em razão da execução do contrato de emprego, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador, quando a atividade do empregado é considerada de risco. Nesse contexto, a ocorrência de assalto durante a jornada de trabalho enseja o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador pelos danos morais daí advindos, na forma do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil’. Incidência do art. [896](#), [§ 7.º](#), da [CLT](#), haja vista a consonância do acórdão regional à jurisprudência do TST. Recurso de revista de que não se conhece.” (Processo: TST- RR: 20001-28.2014.5.04.0406 Data de Julgamento: 15/8/2018, Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa, 1.ª Turma.)

AGRAVO INTERNO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PROVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR

DANO MORAL. Os argumentos formulados pela agravante são genéricos, motivo pelo qual não propiciam a reforma da decisão agravada. A decisão monocrática explica com proficiência o entendimento de que a configuração do dano moral ocorre "in re ipsa". A agravante, nesse ponto, simplesmente não se conforma com o resultado da decisão. No que se refere à insurgência quanto ao valor da indenização por dano moral, a agravante desconsidera o entendimento da SBDI-1 desta Corte indicado na decisão monocrática. Agravo interno de que se conhece e a que se nega provimento.

Lê-se na fundamentação do acórdão em apreço:

"A respeito do valor da indenização, há de se esclarecer que a fixação do quantum indenizatório não se vincula ao salário do ofendido, mas possui, sim, caráter nitidamente exemplar, visando a impedir que o ofensor pratique novamente o ato, e porque para tanto deve-se considerar, além da gravidade do dano ocorrido e da condição financeira da vítima, a capacidade econômica do ofensor (bem demonstrada na alteração contratual juntada aos autos à fl. 171).

Assim, porque razoável e sem o intuito de promover o enriquecimento ilícito do reclamante, mantenho a decisão que arbitrou em R\$ 30.000,00 o valor da indenização por danos morais. Nada a alterar.

(...) (fls. 466/467)

Diferentemente do que se sugere no recurso de revista, não se exige da vítima que prove em juízo o abalo moral para fazer jus à respectiva compensação pecuniária.

Afinal, não existem meios racionais e seguros de demonstrar o sofrimento causado por uma ofensa à personalidade.

Por conta disso, desenvolveu-se na jurisprudência brasileira a ideia de que o dano moral manifesta-se "in re ipsa", ou seja, sua existência é presumida das características do ilícito, sem qualquer indagação a respeito da dor, inquietude ou angústia sofrida pela vítima, até porque eventual análise desses fatores tornaria o equacionamento da controvérsia sujeito a vicissitudes psíquicas do ofendido, o que não contribui para o alcance de uma solução segura e isonômica para conflitos dessa natureza.

No caso em tela, é certo afirmar que o dano sofrido pelo Autor em sua integridade física gera abalo moral. Essa conclusão resulta de percepção holística e racional da realidade em que se encontra a vítima."

(TST - Ag-RR: 4013005520085090654, Data de Julgamento: 17/10/2018, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018)

COMENTÁRIO

Percebe-se, pelas decisões do TST, que não se pode limitar o dano extrapatrimonial à aferição de culpa ou dolo do ofensor (responsabilidade subjetiva), deixando de considerar as variadas hipóteses de responsabilidade objetiva, que independem dessa aferição, sobretudo nas atividades de risco, nos termos do disposto no parágrafo único, do art. 927, do Código Civil Brasileiro.

Por outro lado, constata-se a afirmação da tese de que a fixação do quantum indenizatório não se vincula ao valor do salário do ofendido, como pretende o legislador reformista (§ 1º, do art. 223-G, da CLT). A quantia correspondente à indenização deve ser avaliada em cada caso concreto e, sobretudo, deve ter caráter exemplar, no sentido de inibir a repetição da prática ilícita.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO XI

ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA EM HIPÓTESE DE TERCEIRIZAÇÃO. CULPA IN VIGILANDO PROVADA. PROCEDÊNCIA. 2. DANO MORAL. PROVA DO FATO QUE LHE DEU ORIGEM. EXIGIBILIDADE. Não cabe exigir prova do dano moral, mas sim do fato que lhe deu origem, ou seja, o nexo de causalidade, pois não é possível impor ao lesado que demonstre o seu sofrimento. 3. **GRAVIDEZ DE RISCO. PEDIDO DE DEMISSÃO. EMPRESA NÃO READAPTOU EMPREGADA EM ATIVIDADE COMPATÍVEL. VERBAS RESCISÓRIAS. DEVIDAS.** Provado que a empresa ignorou a recomendação médica e não transferiu a autora para um setor onde pudesse laborar sem realizar esforços físicos, faz jus a obreira aos títulos inerentes à dispensa sem justa causa, mesmo sendo sua a iniciativa do rompimento contratual, pois o art. 394 da CLT faculta à mulher grávida o rompimento do contrato de trabalho quando este for prejudicial à sua gestação.

(TRT-2 - RO: 00019436120125020063, Relator: JOSÉ RUFFOLO, Data de Julgamento: 05/05/2015, 5ª TURMA, Data de Publicação: 12/05/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. **ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE INSPEÇÃO PRÉVIA PELO ÓRGÃO COMPETENTE. INVALIDADE DO AJUSTE DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA.** O Tribunal Regional entendeu ser inválido o regime de compensação de jornada, estipulado em horas extras habituais e em atividade insalubre, uma vez que não atendeu aos requisitos elencados no artigo 60 da CLT. A decisão recorrida está em plena conformidade com os itens IV e VI da Súmula 85 do TST, os quais dispõem que , respectivamente: "a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário" e "não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que

estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT". Incidência da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO . A o contrário do aduzido pela reclamada, o TRT consignou expressamente que as provas dos autos comprovam a concessão irregular do repouso semanal remunerado. Diante disso, para se decidir de forma diversa far-se-ia necessário o reexame fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta instância processual a teor da Súmula n 126 do TST. Agravo de instrumento desprovido. RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA . HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. AUSÊNCIA DA CREDENCIAL SINDICAL. A jurisprudência desta Corte, sedimentada na Súmula nº 219, item I, interpretando o artigo 14 da Lei nº 5.584/70, estabelece os requisitos para o deferimento de honorários advocatícios nos seguintes termos: "Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família". Incabível, portanto, o deferimento de verba honorária na hipótese de empregado assistido por advogado particular. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - AIRR: 206005820165040741, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 24/10/2018, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018)

REGIME DE COMPENSAÇÃO DE HORAS. ATIVIDADE INSALUBRE. NÃO OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 60 DA CLT. INVALIDADE. Quando a atividade exercida é insalubre, não comprovado o atendimento ao disposto no art. 60 da CLT - licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho -, não se reputa válido o regime de compensação de jornada, ainda que autorizado por norma coletiva da categoria.

(TRT-15 - RO: 0010002-41.2016.5.15.0029, Relator: LUIZ ANTONIO LAZARIM, 9ª Câmara, Data de Publicação: 21/03/2019)

COMENTÁRIO

Pela regra anterior, se o ambiente de trabalho apresentasse risco para a gravidez e a empresa não transferisse a empregada para ambiente salubre, essa poderia considerar rescindido o contrato de trabalho, fazendo jus a todos os direitos inerentes à despedida, sem justa causa. Era considerada uma espécie de rescisão indireta.

Na prática, após a decisão do STF, prolatada nos autos da **ADI 5938-DF**, declarando a inconstitucionalidade da expressão **“quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”**, contida nos incisos II e III, do art. 394-A, a empregada gestante ou lactante deverá ser afastada de quaisquer atividades insalubres, independentemente, da caracterização do seu grau (máximo, médio ou mínimo), dispensando-se a apresentação de atestado médico.

Sendo afastada, e não sendo possível exercer suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese é considerada como gravidez de risco, passando a perceber salário-maternidade, nos termos do § 3º, do art. 394-A, da CLT. Nesse caso, deverá receber o salário integral, pois o salário maternidade não se submete ao teto dos benefícios previdenciários (art. 72, da Lei nº 8.213/91). O salário maternidade é pago diretamente pela empresa, podendo compensar a quantia correspondente com as contribuições devidas sobre a folha de pagamento.

A prorrogação de jornada em atividade insalubre, sem a prévia autorização do Ministério do Trabalho, sempre foi rechaçada pelas Cortes Trabalhistas, ainda que prevista em norma coletiva. Contudo, como vimos, foi introduzido o parágrafo único ao art. 60, da CLT, prevendo essa prorrogação, especificamente, na jornada de 12x36. Em verdade, tal permissão deve ser considerada inconstitucional, por afetar, de maneira negativa, a saúde e a segurança do trabalhador, em razão de que, nessa modalidade de jornada, o obreiro já está submetido à jornada excessiva.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO XII

RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO ANTERIOR PELA TURMA. DEVOLUÇÃO COM O FIM DE APRECIÇÃO DE EVENTUAL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. RECONHECIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 324 E RE 958252**. REPERCUSSÃO GERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, no dia 30/8/2018, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. 2. A tese de repercussão geral aprovada no recurso extraordinário foi a de que "é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante". 3. Como se observa, nos moldes do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, razão pela qual a liberdade de contratar é conciliável com a terceirização, mormente diante da ausência de legislação que impeça as empresas de contratarem mão de obra, bem como da inexistência de dispositivo legal que defina o que é atividade fim e/ou atividade meio. 4. Logo, e em face dos princípios constitucionais da livre iniciativa (CF, art. 170) e da livre concorrência (CF, art. 170, IV), tem-se por lícita qualquer forma de terceirização, sobretudo porque essa aquece o mercado de trabalho e gera maior produtividade. 5. Entretanto, não obstante a licitude da terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim, por certo que, na hipótese de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, a empresa tomadora dos serviços será responsabilizada de forma subsidiária pelo pagamento da remuneração e das demais verbas trabalhistas devidas, sendo certo, ainda, que a conclusão do Supremo Tribunal Federal de licitude da terceirização não impede que eventuais abusos decorrentes da referida terceirização sejam apreciados e decididos pelo Poder Judiciário, de modo a garantir os direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados, pois o remate da licitude da terceirização não pode

resultar na precarização das relações de trabalho, tampouco na desproteção do trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido, em juízo de retratação, na forma dos arts. 1.039, caput, e 1.040, II, do CPC/2015 .

(TST - RR: 3804120125010263, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 05/06/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2019)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. INSTALADORA DE TELEFONES/CABISTA. DECISÃO REGIONAL PAUTADA NA ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO NÃO RECONHECIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECISÃO DO STF. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. DECISÃO EMBARGADA PAUTADA NA SÚMULA 331/I/TST. EFEITO MODIFICATIVO. Tendo em vista o que decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal ao julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, acolhem-se os embargos de declaração, com feito modificativo. Embargos de declaração conhecidos e providos, com efeito modificativo . AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À LEI 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. INSTALADOR DE TELEFONES/CABISTA. DECISÃO REGIONAL PAUTADA NA ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO NÃO RECONHECIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECISÃO DO STF. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA. Diante do entendimento do e. Supremo Tribunal Federal ao julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, mostra-se prudente o seguimento do recurso de revista, em face de aparente violação do art. 94, II, da Lei 9.472/1997. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À LEI 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. INSTALADOR DE TELEFONES/CABISTA. DECISÃO REGIONAL PAUTADA NA ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO NÃO RECONHECIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECISÃO DO STF. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

DA TOMADORA. 1. Hipótese em que o e. Tribunal Regional entendeu que "No entendimento que prevalece na Terceira Turma, a responsabilidade da tomadora é solidária na terceirização de serviços ligados à atividade fim, por ser ilícita a intermediação de mão de obra. Aplica-se o art. 942 do Código Civil. Reformulando posicionamento anterior, passou esta Turma a entender que o art. 94 da Lei 9.472/1997 não exime o tomador dos serviços do cumprimento das obrigações trabalhistas decorrentes da prestação de serviços em atividade-fim. Note-se que a Lei Federal mencionada é omissa quanto às obrigações trabalhistas decorrentes dessa espécie de contratação, ou seja, não exclui a obrigação do tomador de serviços em relação aos empregados da prestadora. Nestas condições, sendo forçoso reconhecer que o trabalho do reclamante era direcionado à realização do objeto social da segunda ré, necessário o reconhecimento da responsabilidade solidária das tomadoras dos serviços". 2. Nada obstante o posicionamento até então abraçado por esta Corte, cristalizado na Súmula 331/I/TST, o e. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento sobre a matéria, no julgamento da ADPF 324 e RE 958.252, de repercussão geral, no sentido de que "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante". 3. No caso presente, portanto, não há como reputar ilícita a terceirização, razão pela qual é inviável atribuir à tomadora a responsabilidade solidária. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 40220115090026, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 08/05/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2019)

AGRAVO DA RECLAMADA TELEMAR. EMPRESA DE TELEFONIA. TERCEIRIZAÇÃO. CABISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PAUTADO NA ILICITUDE DE TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. DECISÃO AGRAVADA EM QUE APLICADA A SÚMULA 331/I/TST. TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DOS RE 958.252 E ARE 791.932/DF. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO COM A TOMADO-

RA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e RE 958.252, de repercussão geral, no sentido de que "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante". E ao julgamento do ARE 791.932/DF, constou da ementa do acórdão proferido que "O PLENÁRIO DA CORTE declarou parcialmente inconstitucional a SÚMULA 331/TST e proclamou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim; para afirmar a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada". 2. Nesse contexto, impõe-se a reforma da decisão agravada, visto que a reclamada TELEMAR logrou desconstituir os fundamentos da decisão monocrática agravada, demonstrando violação do art. 94, II, da Lei 9.472/97. Agravo conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À LEI 13.015/2014. EMPRESA DE TELEFONIA. TERCEIRIZAÇÃO. CABISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PAUTADO NA ILICITUDE DE TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM. TESE FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DOS RE 958.252 E ARE 791.932/DF. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO COM A TOMADORA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e RE 958.252, de repercussão geral, consagrou o entendimento de que "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante". 2. A seu turno, no julgamento do ARE 791.932/DF, constou na ementa do acórdão que "O PLENÁRIO DA CORTE declarou parcialmente inconstitucional a SÚMULA 331/TST e proclamou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim; para afirmar a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada". 3. No caso, não há no acórdão regional qualquer registro concernente à existência de pessoalidade e/ou subordinação direta à tomadora dos serviços. Não há, pois, como reputar ilícita a terceirização. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST - RR: 850008020115170002, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 07/08/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/08/2019)

COMENTÁRIO

Constata-se que o TST já alterou o seu entendimento, consagrado na Súmula 331, e passou a adotar a orientação traçada pelo STF no sentido de declarar **constitucional a terceirização de quaisquer atividades do tomador de serviços**, o que inclui a atividade-fim, nos autos da **ADPF 324/DF** e do **RE 958.252/MG**, com repercussão geral.

Essa decisão é potencialmente danosa aos trabalhadores, em razão da possibilidade de sucessivas contratações e sub-contratações tornando difícil identificar a responsabilidade por eventuais créditos trabalhistas não satisfeitos, e até a própria identificação pelo trabalhador, de quem seja o seu real empregador, dentro da cadeia de contratação.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULOS XIII E XIV

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DISPENSA COLETIVA. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES. NECESSIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COM O SINDICATO. OMISSÃO DETECTADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AOS QUAIS SE ATRIBUI EFEITO MODIFICATIVO. Compulsando os autos, observa-se que, nas razões de recurso de revista, bem como no agravo de instrumento e nas razões de agravo, o sindicato não tratou da referida matéria. Assim, não houve pronunciamento acerca da questão de mérito, qual seja, o dano moral coletivo em decorrência da dispensa em massa. Omissão detectada. Embargos de declaração conhecidos e providos, com atribuição de efeito modificativo, para viabilizar o exame do recurso de revista, somente quanto ao dano moral coletivo. **II - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DISPENSA COLETIVA. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES. NECESSIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COM O SINDICATO .** Tendo em vista a possível violação do artigo 186 do CCB, DOU PROVIMENTO ao agravo para melhor exame do agravo de instrumento. Agravo conhecido e provido. **III - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DISPENSA COLETIVA. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES. NECESSIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COM O SINDICATO .** Tendo em vista a possível violação do artigo 186 do CCB, DOU PROVIMENTO ao agravo regimental para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. **IV - RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DISPENSA COLETIVA. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES. NECESSIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COM O SINDICATO.** O Eg. Regional, conforme o quadro fático-probatório delineado, entendeu incontroversa a dispensa coletiva de todos os empregados, para encerramento da atividade empresarial, sem prévia negociação coletiva. Evidenciou que a ré, percebendo a iminência do término das atividades, deveria ter buscado alternativas, por meio de negociação preliminar, para reduzir o impacto da medida, o que não fez. A juris-

prudência da Seção de Dissídios Coletivos desta Corte firmou entendimento de que a negociação coletiva é imprescindível à dispensa em massa, pois tal cenário exige a estipulação de normas e condições para a proteção dos trabalhadores contra o desemprego, além da redução dos impactos sociais e econômicos causados. Ausente tal procedimento, é devida a indenização compensatória, pelo caráter coletivo da lesão. Precedentes. As empresas que se lançam no mercado, assumindo o ônus financeiro de cumprir a legislação trabalhista, perdem competitividade em relação àquelas que reduzem seus custos de produção à custa dos direitos mínimos assegurados aos empregados. Tratando-se de lesão que viola bens jurídicos indiscutivelmente caros a toda a sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral coletivo (arts. 186 e 927 do CC e 3º e 13 da LACP). Frise-se que, na linha da teoria do "danum in re ipsa", não se exige que o dano moral seja demonstrado. Ele decorre, inexoravelmente, da gravidade do fato ofensivo que, no caso, restou materializado pelo descumprimento de normas que visam à dignidade e à proteção dos trabalhadores contra o desemprego involuntário e a dispensa arbitrária, ocasionados pela demissão em massa, sem prévia negociação com o sindicato. Sob tal contexto, não há dúvidas quanto à caracterização do dano moral coletivo. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 186 do CCB e provido.

(TST - RR: 15758620145050002, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 14/08/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. DISPENSA COLETIVA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS EM NORMA COLETIVA PARA REDUÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO DA EMPRESA. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RECURSO DE REVISTA DESFUNDAMENTADO. SÚMULA 422/TST. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar

de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não ao Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do (s) respectivo (s) sindicato (s) profissional (is) obreiro (s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Assim, consoante exposto pelo acórdão regional, instituindo os Sujeitos Coletivos, representantes das categorias profissional e econômica, mediante convenção coletiva de trabalho, critérios para seleção de dispensas, se houver necessidade de redução da força de trabalho, obriga-se a empregadora a cumprir tais procedimentos e critérios estabelecidos, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, XXVI, da CF. Comprovada a não observância desse regramento para a dispensa do Reclamante, torna-se inválida a ruptura contratual efetivada, sendo, portanto, devida a sua reintegração. Agravo de instrumento desprovido.

(TST - AIRR: 106177120135010014, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 09/05/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/05/2018)

VOTO

Conheço os recursos, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade. Por envolver matéria prejudicial, passo à análise preferencial do apelo adesivo aviado pela ré.

1 Do recurso ordinário adesivo interposto pela ré.

1.1 Da dissolução contratual.

Aduz a recorrente acerca da validade do distrato firmado pelas partes, com espeque do art. 484-A da CLT. Perscrutando paulatinamente o processado, verifico que o depoimento da tes-

temunha isolada é claro e preciso ao evidenciar que o *distrato* era assinado sob a ameaça de que, na hipótese de recusa, as verbas rescisórias não seriam quitadas (id. 46129d3):

... que o depoente foi mandado embora (Resposta dada à pergunta: se pediu demissão, se foi mandado embora ou se fez acordo com a reclamada); que após a dispensa assinou acordo com a reclamada, acrescentando tratar-se de um acordo mútuo no qual foi coagido, uma vez que informado de que caso não assinasse não receberia nada... que não conhece ninguém que não tenha aceito o acordo referido supra.

Resta evidente, porquanto, que o sobredito *distrato* possui vício de origem que macula a sua validade, motivo pelo qual desprovejo o apelo.

1.2 - Da Justiça Gratuita.

Nego provimento ao apelo, vez que não comprovada a impossibilidade da parte arcar com as custas processuais, nos termos do art. 790, parágrafo 4º, da CLT.

2- Do recurso ordinário interposto pelo autor.

2.1 Do seguro-desemprego.

Se por um lado a dispensa imotivada do recorrente enseja a percepção do benefício do seguro-desemprego; por outro, é certo que o prazo legal para a percepção do sobredito benefício já se esgotou. Nesses termos, e considerando que a não percepção do aludido benefício decorreu da conduta ilícita praticada pela recorrida, conforme ressaltado alhures, provejo o apelo, a fim de inserir na condenação originária a indenização concernente ao seguro-desemprego.

2.2 Da multa do art. 467 da CLT.

A controvérsia relativa à dissolução contratual impõe empecilho intransponível à incidência do art. 467 da CLT, motivo pelo qual desprovejo o apelo.

2.3 Da Justiça Gratuita.

A *declaração de pobreza* não se presta ao mister de comprovar a impossibilidade da parte arcar com as custas processuais, ante a sua natureza eminentemente unilateral. Sublinho, por oportuno, que a cópia parcial da CTPS do recorrente (id. 0f73970) impossibilita aferir acerca da existência de outros vínculos empregatícios vigentes, o que minimiza o valor probatório dos holerites encartados. Nessa toada, e com espeque do art. 790, parágrafo 4º., da CLT, nego provimento ao apelo.

(TRT-2 – RO 1001616-91.2018.5.02.0030, Relatora: FERNANDA OLIVA COBRA VALDÍVIA, 16ª Turma, Data da Publicação: 29/08/2019)

COMENTÁRIO

Transcrevemos duas decisões do TST que, embora publicadas recentemente (maio de 2018 e agosto de 2019), aplicam o entendimento anterior à inclusão do art. 477-A da CLT, no sentido de se requerer a negociação coletiva de trabalho para validar as despedidas coletivas, em razão dos impactos sociais e econômicos decorrentes desse tipo de dispensa.

A decisão do TRT da 2ª Região já aplica o disposto no art. 484-A, da CLT, que prevê a rescisão contratual por acordo. Contudo, o acordo para por fim ao contrato deve se submeter às regras que regem a validade dos negócios jurídicos em geral, para aferir, se houve coação na manifestação da vontade do empregado ou renúncia de direitos consagrados. Na hipótese da decisão transcrita, o E.TRT da 2ª Região anulou o acordo entabulado, por detectar vício na manifestação da vontade do obreiro.

JURISPRUDÊNCIA CAPÍTULO XV

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. APLICAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Demonstrada aparente violação do art. 5º, XXXVI, da CF, deve ser provido o apelo. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. APLICAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Na Justiça do Trabalho, a inércia do reclamante não enseja a perda do direito à execução, pois esta pode ser promovida de ofício pelo Juiz, nos termos do art. 878 da CLT. Assim, ao manter a decisão de declaração da prescrição intercorrente, o Tribunal Regional violou o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, porque impediu a produção dos efeitos do título judicial transitado em julgado. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST - RR: 354002420025200002, Data de Julgamento: 21/03/2018, Data de Publicação: DEJT 23/03/2018)

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Ante a demonstração de possível ofensa ao artigo 7º, XXIX, da CF, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA Nº 114 DO TST. Consoante entendimento consubstanciado na Súmula nº 114 desta Corte, "é inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente". Assim, a decisão recorrida revela flagrante descompasso com a jurisprudência deste Tribunal Superior e ofensa ao art. 7º, XXIX, da CF, ao pronunciar a prescrição intercorrente na execução trabalhista, inviabilizando a plena produção dos efeitos da coisa julgada material, assegurada no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido .

(TST - RR: 102618420155010021, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 30/10/2018, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/11/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. LEI 13.467/2017. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). A matéria diz respeito à aplicação da prescrição intercorrente à execução de título executivo transitado em julgado. Constatada a transcendência política da causa e demonstrada violação do art. 5º, XXXVI, da CF, deve ser processado o recurso de revista. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. LEI 13.467/2017. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 2º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 41/2018 DO TST. TRANSCENDÊNCIA. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). A Lei 13.467/2017 incluiu o art. 11-A da CLT, que passou a prever a prescrição intercorrente no processo do trabalho. **Contudo, a IN nº 41/2018 do TST, conferindo interpretação ao referido dispositivo legal, estabeleceu em seu art. 2º que “O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017”.** No caso, o eg. TRT pronunciou a prescrição intercorrente em face do descumprimento de determinação judicial feita antes da vigência da Lei 13.467/2017. Logo, deve ser aplicado o entendimento consubstanciado na Súmula 114 do TST, segundo a qual “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”. Reconhecida a transcendência política da causa quando a eg. Corte a quo contraria o entendimento pacificado desta c. Corte. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST - RR: 107525920165090013, Data de Julgamento: 08/05/2019, Data de Publicação: DEJT 10/05/2019)

COMENTÁRIO

Antes da introdução do art. 11-A ao texto da CLT, a inércia do reclamante não ensejava a perda do direito à execução, pois essa poderia ser promovida de ofício pelo Juiz, nos termos do art. 878 da CLT. Contudo, a partir da inclusão do artigo 11-A e da alteração da redação do artigo 878, passa-se a aplicar a prescrição intercorrente, obedecendo-se ao disposto na Instrução Normativa 41/2018, do TST, ou seja, conta-se o prazo prescricional, a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017.

CONCLUSÃO

Como vimos no capítulo I deste livro, desde a sua tramitação, a **Lei nº 13.467/2017** já indicava que fora concebida para privilegiar um dos lados da relação entre o capital e o trabalho, qual seja, o da livre iniciativa, do capital, em detrimento do valor trabalho, que também é fundamento da República (art. 1º, IV, C.F) e da ordem econômica (art. 170, *caput*, C.F).

O objetivo declarado da Reforma Trabalhista seria a criação de milhões de novos empregos e a modernização das relações de trabalho. Contudo, os objetivos não declarados eram a desregulamentação e/ou flexibilização das regras concernentes à jornada de trabalho, a facilitação e o barateamento das rescisões contratuais, a instituição de novas modalidades contratuais, com o intuito de substituir o contrato de trabalho e o enfraquecimento das entidades sindicais.

O resultado imediato da implementação da reforma foi à diminuição drástica do número de reclamações protocoladas no âmbito de todo o Judiciário Trabalhista. Segundo matéria publicada no *Jornal Folha de São Paulo, entre 2017 e 2018 – primeiro ano completo de vigência da reforma trabalhista –*, houve uma queda de 34,2% no número de novas ações apresentadas nas Varas do Trabalho. No ano passado, foram ajuizados 1,7 milhão de novos casos. Em 2017, 2,6 milhões de ações chegaram à Justiça do Trabalho, com pedidos de indenização diversos (CASTANHO, 2019).

Certamente, a redução do número de reclamações trabalhistas não decorre da diminuição da litigiosidade intrínseca às relações de trabalho em razão do descumprimento da legislação por parte de setores significativos do empresariado, ou em virtude da ampla informalidade presente nessas relações. Também não deriva da redução do número de desempregados, que continua no patamar de 12% da população economicamente ativa, correspondendo, aproximadamente, aos treze milhões de trabalhadores sem emprego.

A redução do número de reclamações decorre, em nossa opinião, da extinção ou da redução do alcance de direitos consolidados, historicamente, pela reforma trabalhista e, sobretudo, da imposição do pagamento de custas e despesas processuais.

ais aos trabalhadores sucumbentes em processos trabalhistas, desde que percebam valor superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (art. 790, § 3º, da CLT).

Outro resultado que já pode ser mensurado é o crescimento gradativo do número de contratos de trabalho, na modalidade intermitente, considerado o mais precário de todos, como vimos no capítulo VI deste livro.

Mais uma consequência da reforma é o aumento da insegurança jurídica, em razão da judicialização de diversos temas, em virtude da flagrante inconstitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 13.467/2017. Demorará muito tempo até que o TST pacifique, por intermédio de súmulas e precedentes, o entendimento de matérias polêmicas contidas no texto desse diploma legal. Por outro lado, o próprio STF ainda não julgou as ações que questionam pontos importantes da reforma, como a questão da gratuidade judicial e da validade do contrato intermitente.

Podemos afirmar, enfim, que estamos diante do mais profundo e organizado ataque ao ordenamento jurídico-trabalhista protetivo pátrio, construído ao longo de décadas de lutas e resistência dos trabalhadores brasileiros. Para assegurar a manutenção dessa rede de proteção que se configura como o patamar mínimo que visa assegurar a dignidade do trabalhador, será preciso a resistência e a união entre a sociedade civil organizada, sobretudo, por meio das entidades sindicais laborais, e todos os operadores do direito, mormente os advogados trabalhistas, usando de suas associações e da Ordem dos Advogados do Brasil, os integrantes do Ministério Público do Trabalho e da Magistratura Trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (ANAMATRA). **19º Conamat**: Comissões temáticas aprovam 111 teses. 2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26442-19-conamat-comissoes-tematicas-aprovam-111-teses19>. Acesso em: 02 ago. 2019

CASTANHO, William. Ações pendentes na Justiça do Trabalho caem abaixo de 1 milhão pela primeira vez desde 2007. **Folha de S. Paulo**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/acoes-pendentes-na-justica-do-trabalho-caem-abaixo-de-1-milhao-pela-primeira-desde-2007.shtml>. Acesso em: 02 ago. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil** – com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.

EDITORA SARAIVA; colaboradores CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias. **CLT Saraiva e Constituição Federal**. 50 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho** – Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

GERCINA, Cristiane. Trabalho sem jornada fixa gerou 79.877 vagas no país. **Folha de S. Paulo**. 2019. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2019/07/trabalho-sem-jornada-fixa-gerou-79877-vagas-no-pais.shtml>. Acesso em: 02 ago. 2019.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: Ltr, 2009.

JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO, 2., 2017, Brasília. **Enunciados aprovados na 2ª jornada**. Brasília: DF, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 09 abr. 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Marques de. **Reforma Trabalhista** – entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PAVAN, Bruno; SBARDELOTTO, Jéssica; MENEGAT, Rodrigo. **Lobistas de bancos, indústrias e transportes estão por trás das emendas da Reforma Trabalhista**. The Intercept Brasil. 2017. Disponível em <https://theintercept.com/2017/04/26/lobistas-de-bancos-industrias-e-transportes-quem-esta-por-tras-das-emendas-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 02 ago. 2019

PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. MP da "liberdade econômica segue a trilha do retrocesso social". **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. jul. 2019. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-15/opiniao-mp-liberdade-economica-segue-trilha-retrocesso-social>. Acesso em: 02 ago. 2019

ALBERTO FERNANDES DE FARIAS NETO



CURRICULUM RESUMIDO

- Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará
- Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela UNIFOR
- Pós-Graduado em Direito Ambiental pela UNIFOR
- Professor de Direito do Trabalho da UNIFOR
- Ex-Secretário Geral da OAB/CE
- Ex- Delegado Regional do Trabalho no Estado do Ceará
- Sócio-Administrador da Sociedade de Advogados Alberto Fernandes Advogados Associados
- Tem larga experiência na área da advocacia trabalhista e sindical, tendo sido advogado de várias entidades sindicais no Estado do Ceará, tais como, Sindicato dos Empregados no Comércio de Fortaleza, Sindicato dos Têxteis de Fortaleza, Sindicato dos Jornalistas do Estado do Ceará, Sindicato dos Eletricitários do Estado do Ceará, Sindicato dos Trabalhadores em Água e Esgoto do Estado do Ceará, Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal no Estado do Ceará e Federação dos Trabalhadores do Comércio e Serviços do Estado do Ceará e Piauí
- Ex-Assessor Jurídico da Presidência do Conselho Regional de Engenharia do Estado do Ceará – CREA/CE

HINO NACIONAL BRASILEIRO

Música de Francisco Manoel da Silva
Letra de Joaquim Osório Duque Estrada

Ouviram do Ipiranga as margens plácidas
De um povo heróico o brado retumbante,
E o sol da Liberdade, em raios fúlgidos,
Brilhou no céu da Pátria nesse instante.

Se o penhor dessa igualdade
Conseguimos conquistar com braço forte,
Em teu seio, ó Liberdade,
Desafia o nosso peito a própria morte!

Ó Pátria amada,
Idolatrada,
Salve! Salve!

Brasil, um sonho intenso, um raio vívido
De amor e de esperança à terra desce,
Se em teu formoso céu, risonho e límpido,
A imagem do Cruzeiro resplandece.

Gigante pela própria natureza,
És belo, és forte, impávido colosso,
E o teu futuro espelha essa grandeza

Terra adorada,
Entre outras mil,
És tu, Brasil,
Ó Pátria amada!

Dos filhos deste solo és mãe gentil,
Pátria amada,
Brasil!

Deitado eternamente em berço esplêndido,
Ao som do mar e à luz do céu profundo,
Fulguras, ó Brasil, florão da América,
Iluminado ao sol do Novo Mundo!

Do que a terra mais garrida
Teus risonhos, lindos campos têm mais flores;
“Nossos bosques têm mais vida”,
“Nossa vida” no teu seio “mais amores”.

Ó Pátria amada,
Idolatrada,
Salve! Salve!

Brasil, de amor eterno seja símbolo
O lábaro que ostentas estrelado,
E diga o verde-louro desta flâmula
– Paz no futuro e glória no passado.

Mas, se ergues da justiça a clava forte,
Verás que um filho teu não foge à luta,
Nem teme, quem te adora, a própria morte.

Terra adorada
Entre outras mil,
És tu, Brasil,
Ó Pátria amada!

Dos filhos deste solo és mãe gentil,
Pátria amada,
Brasil!

HINO DO ESTADO DO CEARÁ

Letra: Thomaz Pompeu Lopes Ferreira

Música: Alberto Nepomuceno

Terra do sol, do amor, terra da luz!
Soa o clarim que a tua glória conta!
Terra, o teu nome, a fama aos céus remonta
Em clarão que seduz!
- Nome que brilha, esplêndido luzeiro
Nos fulvos braços de ouro do cruzeiro!

Mudem-se em flor as pedras dos caminhos!
Chuvas de prata rolem das estrelas...
E, despertando, deslumbrada ao vê-las,
Ressoe a voz dos ninhos...
Há de aflorar, nas rosas e nos cravos
Rubros, o sangue ardente dos escravos!

Seja o teu verbo a voz do coração,
- Verbo de paz e amor, do Sul ao Norte!
Ruja teu peito em luta contra a morte,
Acordando a amplidão.
Peito que deu alívio a quem sofria
E foi o sol iluminando o dia!

Tua jangada afoita enfune o pano!
Vento feliz conduza a vela ousada;
Que importa que teu barco seja um nada,
Na vastidão do oceano,
Se, à proa, vão heróis e marinheiros
E vão, no peito, corações guerreiros?!

Sim, nós te amamos, em ventura e mágoas!
Porque esse chão que embebe a água dos rios
Há de florar em messes, nos estios
Em bosques, pelas águas!
Selvas e rios, serras e florestas
Brotem do solo em rumorosas festas!

Abra-se ao vento o teu pendão natal,
Sobre as revoltas águas dos teus mares!
E, desfaldando, diga aos céus e aos ares
A vitória imortal!
Que foi de sangue, em guerras leais e francas,
E foi, na paz, da cor das hóstias brancas!

Mesa Diretora 2019-2020

Deputado José Sarto
Presidente

Deputado Fernando Santana
1º Vice-Presidente

Deputado Danniell Oliveira
2º Vice-Presidente

Deputado Evandro Leitão
1º Secretário

Deputada Aderlânia Noronha
2ª Secretária

Deputada Patrícia Aguiar
3ª Secretária

Deputado Leonardo Pinheiro
4º Secretário



**Assembleia Legislativa
do Estado do Ceará**

**INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE O
DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO CEARÁ**

Inesp

João Milton Cunha de Miranda

Presidente

Gráfica do Inesp

Ernandes do Carmo

Coordenador

Rachel Garcia e Valquiria Moreira

Assistentes Editoriais

Luzia Rolim

Assessora de Comunicação

Cleomarcio Alves (Marcio), Edson Frota, Francisco de Moura,

Hadson França e João Alfredo

Equipe de Acabamento e Montagem

Aurenir Lopes e Tiago Casal

Equipe de Produção em Braille

Mário Giffoni

Diagramação

José Gotardo Filho e Valdemice Costa (Valdo)

Equipe de Design Gráfico

Lúcia Maria Jacó Rocha e Vânia Monteiro Soares Rios

Equipe de Revisão

Maria Marluce Studart Vieira, Marta Leda Miranda Bezerra e Milena

Saraiva Leão Vieira

Equipe Auxiliar de Revisão

E-mail: presidenciainesp@al.ce.gov.br

Fone: (85) 3277-3701



**Assembleia Legislativa
do Estado do Ceará**

Assembleia Legislativa do Estado do Ceará
Av. Desembargador Moreira 2807,
Dionísio Torres, CEP 60170-900, Fortaleza, Ceará,
Site: www.al.ce.gov.br
Fone: (85) 3277-2500