

PARECER TÉCNICO

**INTERPRETAÇÕES FAVORÁVEIS AOS TRABALHADORES E
INCONSTITUCIONALIDADES DA REFORMA TRABALHISTA**

Lei nº 13.467, de 14 de Julho de 2017.

A Lei n. 13.467/2017 promove alterações em mais de 200 dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, envolvendo tanto o Direito Material quanto o Processo do Trabalho.

Trata-se de uma contrarreforma moldada de acordo com a visão e os interesses dos empregadores. O objetivo geral é enfraquecer os empregados na relação com os patrões e dificultar o acesso à Justiça, encarecendo e aumentando os riscos de uma ação judicial que busque garantir direitos trabalhistas. A contrarreforma se apresenta como “modernizadora”, mas faz um retorno aos padrões jurídicos de meados do século XIX.

Para fazer frente a esse cenário de desafios, publicamos este estudo na forma de questões, acrescidas de comentários em pontos que nos pareceram mais importantes, tudo com o objetivo de encontrar soluções jurídicas para a defesa dos interesses dos trabalhadores e dos sindicatos profissionais.

São considerações que se embasam em nossa experiência de mais de três décadas de defesa jurídica dos empregados e seus sindicatos. É preciso dizer, no entanto, que são considerações feitas com o intuito de contribuir, sem a pretensão de exaustão, para a reflexão que o conjunto dos operadores do Direito do Trabalho deve fazer neste momento histórico, a fim de preservar este ramo do Direito enquanto instrumento social de proteção dos trabalhadores.

➔ A reprodução dessas ideias é livre. Pedimos apenas que seja mencionada a fonte: « www.gebrimadv.com.br ».

São Paulo, 14 de agosto de 2017.

Daniilo Uler Corregliano
Ricardo Gebrim
Ronaldo Tamberlini Pagotto
Thiago Barison

SOBRE A APLICAÇÃO DA NOVA LEI AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO

1) Quando a nova lei entra em vigor?

As mudanças em direito material e processual somente estarão vigentes a partir do dia 11 de novembro de 2017, 120 dias a partir da data de publicação.

2) As alterações valem para quem tem processo em andamento?

A regra geral é que as mudanças processuais comecem a valer a partir de 11 de novembro de 2017, inclusive para os processos em curso.

Nossa interpretação: as mudanças processuais que prejudicam os trabalhadores, dificultando o acesso à Justiça devem ser questionadas e **não** deverão ser imediatamente aplicadas. Um exemplo histórico dessa realidade foi a invalidação da tentativa de instituir as comissões de conciliação prévia como requisito para o ingresso da ação trabalhista.

3) E os efeitos sobre os contratos de trabalho em vigor?

Os direitos se incorporam aos contratos. As mudanças que retiram direitos e estabelecem situações mais desvantajosas ao trabalhador somente deverão ser aplicadas aos contratos de trabalho iniciados a partir de 11 de novembro de 2017. Ainda assim, muitas dessas mudanças são inconstitucionais e não se aplicarão, conforme veremos.

Nossa interpretação: por exemplo, no caso do trabalhador que atualmente recebe horas *in itinere* (tempo gasto de percurso entre a portaria e o posto de trabalho), a regra se incorpora ao seu contrato, mas a mudança na lei não deverá ser aplicada a este, pois o art. 468 da CLT veda a alteração lesiva do contrato de trabalho.

E mais: se o trabalhador for demitido hoje, para ser recontratado com base na nova sistemática legal, tal ato poderá ser enquadrado como fraude à legislação trabalhista, com fulcro no art. 9º da CLT¹.

¹ “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

4) O que muda para os acordos e convenções coletivas de trabalho?

A lei buscou conferir ao sindicato o poder de retirar direitos assegurados em lei, mediante negociação coletiva. Por isso, os sindicatos devem redobrar a atenção durante as negociações coletivas, ancorados na mobilização dos trabalhadores para se defenderem dessas mudanças negativas.

Nossa interpretação: é um contrassenso o acordo coletivo ser menos protetivo que a lei, pois isso afronta princípio geral do Direito do Trabalho. Continua valendo a regra de que as normas de saúde e segurança não podem ser reduzidas, já que estão asseguradas pelo inciso XXII do art. 7º da Constituição Federal.

5) Tenho uma ação em fase de execução, algo mudará?

Nossa interpretação: em relação ao direito discutido na ação, nada mudará se a decisão houver transitado em julgado (quando não caibam mais recursos). Mas podem ocorrer mudanças processuais relativas à execução.

6) Ganhei uma ação, já recebi e continuo no trabalho recebendo no holerite o que ganhei na ação. Algo muda?

Nossa interpretação: nada muda, pois há coisa julgada, conforme o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

AS 12 INCONSTITUCIONALIDADES FLAGRANTES NA LEI N. 13.467/2017.

Neste tópico apontaremos as 12 inconstitucionalidades mais claras da “Reforma” e mais adiante veremos os pormenores de cada uma das alterações, propondo interpretações conforme a Constituição Federal. Até que o STF aprecie eventuais ações diretas de inconstitucionalidade — cuja propositura desaconselhamos —, devemos, nos seguintes itens, arguir a inconstitucionalidade em simples argumentos de mérito, forçando a apreciação dos tribunais regionais e do TST que é o órgão competente para analisar a constitucionalidade das leis (art. 896, “a” e “c” da CLT).

Considerando a composição atual do STF e seus recentes posicionamentos contrários aos trabalhadores, não nos afigura uma boa iniciativa o ingresso de ações diretas de inconstitucionalidade, mas sim a discussão pontual, em cada processo, sobre os retrocessos e inconstitucionalidades instauradas.

1) A tentativa de permitir a terceirização de atividade principal.

A possibilidade de terceirização de qualquer atividade da empresa, inclusive a atividade principal, antes proibida, tentou ser legalizada pela Reforma Trabalhista. A única exigência é que na hipótese de serviços realizados nas dependências da empresa tomadora (a que “terceirizou” a contratação por meio de uma intermediária, a “contratada”), o empregado terceirizado terá direito às mesmas condições relativas à alimentação quando oferecida em refeitórios, serviços de transporte (ônibus fretado, etc.), atendimento médico e ambulatorial dentro da tomadora, treinamento etc.

A terceirização de qualquer atividade, seja atividade-meio, seja atividade-fim (o que antes era proibido pela Súmula 331/TST) promove o fortalecimento do empregador nas relações de poder no local de trabalho, pois o empregado, embora subordinado diretamente à empresa tomadora, se vê às voltas com uma empresa intermediária. A terceirização promove, também, a proteção do patrimônio da atividade principal em relação aos débitos trabalhistas que a atividade como um todo possa criar, pois as intermediárias têm patrimônio inferior. Assim, há um estímulo à falta de responsabilidade.

Por fim, a terceirização promove a fragmentação da representação sindical dos trabalhadores, uma vez que os terceirizados passam a ser representados por um sindicato distinto. Chama-se a esse processo como um todo de “externalização” dos conflitos ou de “desresponsabilização” pela gestão da mão-de-obra.

Antevendo a fragmentação das empresas, a Reforma estabelece no art. 5º-C que não podem ser empresas intermediárias de mão de obra (“contratadas”) aquelas cujos titulares ou sócios tenham prestado serviço à tomadora nos últimos 18 meses. E antevendo as demissões de empregados diretos para a conversão em terceirizados, o

art. 5º-D da Reforma estabelece apenas a carência de 18 meses para que o empregado da tomadora que for demitido possa ser recontratado como terceirizado.

Enfim, o fato é que o novo art. 4º-A da CLT regulamentou a terceirização de todas as atividades da empresa. Segundo a nota técnica nº 1 do MPT/SP, o dispositivo afronta o art. 7º, I da Constituição Federal. Para nós, a mudança também afronta a dignidade humana do trabalhador, tratando a mão de obra como mera mercadoria (afrontando, ainda, o estatuto da Organização Internacional do Trabalho - OIT). Igualmente, viola-se o *caput* do art. 7º da Constituição que consagra diversos direitos dos trabalhadores, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

2) A tentativa de excluir da apreciação da Justiça do Trabalho as ameaças e lesões a direitos dos trabalhadores.

A Lei n. 13.467/17 (“Reforma Trabalhista”) acrescentou os parágrafos 2º e 3º ao art. 8º e o §1º ao art. 611-A, ambos da CLT, que estabelecem:

Art. 8º. [...].

§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.

Art. 611-A. [...].

§1º. No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no §3º do art. 8º desta Consolidação (grifo nosso).

O objetivo desses dispositivos é excluir da apreciação da Justiça do Trabalho as lesões e ameaças aos direitos dos trabalhadores advindas das mudanças na lei ordinária e dos acordos e convenções coletivas.

No entanto, isso afronta a Constituição de 1988, cujo art. 5º, inciso XXXV prevê que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**.

Interpretar a lei e as regras criadas nas relações individuais e coletivas significa verificar se estão em conformidade com a Constituição e com os princípios do Direito do Trabalho. Isso exige muitas vezes, sim, restringir o alcance de regras previstas em lei. Além disso, a experiência prática traz situações novas que não encontram previsão legal: é também função do Poder Judiciário criar, a partir dos princípios, direitos e obrigações ainda não previstas em lei.

Assim, os parágrafos 2º e 3º adicionados ao art. 8º e o §1º do art. 611-A da CLT são flagrantemente inconstitucionais.

Além disso, o art. 114, §2º, da Constituição Federal conferiu ao Poder Judiciário exatamente o poder de criar normas e obrigações trabalhistas não previstas em lei, nestes termos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

§2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, **podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente** (grifo nosso).

Ao decidir o conflito, a Justiça do Trabalho cria nos dissídios coletivos, comumente, a obrigação de reajustar os salários de acordo com índices oficiais. A sua única limitação é dada pelas disposições legais mínimas e as convencionadas anteriormente. Também por isso é inconstitucional tal tentativa de mudança.

3) A tentativa de exclusão dos trabalhadores em “teletrabalho” do direito à limitação da jornada de trabalho.

A “Reforma” acrescentou o inciso III ao art. 62 da CLT:

SEÇÃO II - DA JORNADA DE TRABALHO.

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.

[...]

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

III - os empregados em regime de teletrabalho.

Esse dispositivo viola o art. 7º, inciso XIII da Constituição Federal, que prevê: “São **direitos dos trabalhadores...**”, [...], XIII - “duração do trabalho normal **não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais**, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Viola porque **pretende excluir o trabalhador em “teletrabalho” dessa limitação à jornada, que é uma garantia à saúde do trabalhador**, para que possa se dedicar à família, ao estudo, ao lazer, ao descanso etc.

Contraria a Constituição de 1988 porque ela não criou nenhum condicionamento à limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII): o limite de 8h diárias e 44h semanais é conceito de jornada de trabalho normal aplicável, ademais, a qualquer trabalhador, já que o *caput* do art. 7º engloba essa garantia dentro de um conjunto do que “são direitos dos trabalhadores...”, **sem discriminá-los**. Assim, o texto constitucional determinou que esses direitos se aplicam a quaisquer trabalhadores,

sejam os que prestam serviços nas dependências do empregador, sejam os que prestam serviços fora ou preponderantemente fora.

Qualquer prorrogação desse limite é, portanto, “trabalho extraordinário”.

É um objetivo geral de toda atividade econômica, segundo a Constituição da República “a busca do pleno emprego” (art. 170, VIII, CF/88). A Lei n. 13.467/17 (“Reforma Trabalhista”) contraria esse objetivo porque pretende que não haja limitação da jornada para os trabalhadores em teletrabalho e isso contribui para diminuir os empregos. Façamos uma conta simples: a cada 4 trabalhadores que façam 2 horas extras por dia (ou seja, que trabalhem 10h e não 8h), tem-se 1 emprego a menos, pois essas 2 horas extras multiplicadas por 4 trabalhadores equivalem a uma jornada normal de 8h, isto é, a jornada a ser trabalhada por um outro empregado a ser contratado.

De modo que essa exclusão do teletrabalho do direito à limitação da jornada é flagrantemente inconstitucional.

4) A tentativa de instituição de compensação mensal ou semestral de jornada por “acordo individual”.

O art. 59, parágrafos §2º e §5º da CLT com a forma dada pela “Reforma Trabalhista” preveem:

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.

[...]

[Banco de Horas]

§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.

[...]

[Banco de Horas por acordo individual]

§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.

[Compensação mensal por acordo individual]

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

Esses dispositivos pretendem criar a possibilidade de que o empregador imponha ao empregado o Banco de Horas ou compensação mensal por “acordo individual”.

Essa tentativa viola o art. 7º, XIII da Constituição Federal que permite apenas a “redução da jornada” e a “compensação de horários”, mas sempre “**mediante acordo**

ou convenção coletiva de trabalho” e em benefício do trabalhador, já que o caput do art. 7º trata dos direitos e garantias do trabalhador, isto é, de suas proteções.

A Constituição submete à negociação coletiva a criação de regime de compensação porque sabe que o trabalhador individualmente não está em condições de igualdade para negociar com o patrão, que vai chantageá-lo com a ameaça de demissão para que aceite se submeter a um regime favorável aos interesses do empregador. Só é possível haver negociação de verdade se o trabalhador estiver coletivamente organizado no sindicato, segundo o art. 7º, XIII da CF/88. Ao pretender contornar isso, a “Reforma” incidiu, novamente, em flagrante inconstitucionalidade.

A compensação semanal é admitida pela jurisprudência do TST (Súmula 85/TST) porque respeita o limite semanal (44h) e porque traz, em algumas situações, um benefício ao trabalhador: extrapola o limite diário de 8h de segunda a quinta-feira, mas permite que o sábado fique todo livre, permitindo que o trabalhador não tenha que se deslocar à empresa para cumprir as 4h faltantes.

Além disso, o Banco de Horas, em geral, é inconstitucional, porque na prática contorna o limite de jornada à luz do interesse do empregador e porque viola a distinção criada pela Constituição entre a hora trabalhada durante a jornada normal (até a 8ª diária e a 44ª semanal) e a hora extra que é a trabalhada após esse limite. Essa distinção (art. 7º, XIII da CF/88) diz respeito ao **valor social e fisiológico da hora de trabalho**. Após a 8ª diária, a exigência de trabalho para o patrão prejudica o contato do trabalhador com a sua família e prejudica também a reposição energética, tanto física quanto psicológica, do trabalhador.

O Banco de Horas (art. 59, §2º e §5º da CLT segundo a “Reforma”) viola essa distinção Constitucional (art. 7º, XIII e XVI), pois a hora trabalhada após o limite constitucional é igualada no Banco de Horas a qualquer hora do dia para efeito de folga. Uma vez que a energia gasta após o limite diário de trabalho exige mais descanso para a recuperação do trabalhador, não só para efeito de remuneração, mas também de recuperação energética, a hora extra que é depositada no banco deveria valer no mínimo 50% a mais. Mas não é o que está previsto no §2º do art. 59 da CLT e por isso também sua flagrante inconstitucionalidade.

5) A tentativa de permitir por “acordo individual” a instituição de jornada de 12h de trabalho por 36h de descanso.

Esse regime de trabalho extremamente agressivo à saúde (já que o limite diário é extrapolado em 4h) somente era aceito, antes da reforma, se cumpridas duas exigências: (I) se houvesse prova da necessidade prática desse regime, como por exemplo no caso de médicos em sistema de plantão; (II) se houvesse negociação coletiva com o sindicato profissional (acordo ou convenção coletiva).

Após a reforma, tenta-se permitir essa temeridade, a ser instaurada ao bel prazer do empregador, por “acordo” escrito com o empregado que, individualmente, como se sabe, não tem o mesmo poder de negociação que a categoria organizada no sindicato.

A reforma traz ainda a possibilidade de que o intervalo de 1h para refeição e descanso seja suprimido e indenizado. Os descansos semanais remunerados serão considerados já quitados no salário mensal (antes era exigido que não fossem absorvidos pelas folgas de 36h e que se somassem a elas).

Ainda, passou a permitir a prática da jornada 12x36 em atividades insalubres sem a necessidade de o empregador obter licença prévia do Ministério do Trabalho. Vejamos as mudanças instituídas:

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 [...].

[...]

Art. 60. Nas atividades insalubres, [...], quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho [...].

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

Essa tentativa é inconstitucional porque viola o art. 7º, incisos XIII e XXII da Constituição da República:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores [...]:

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho**;

[...]

XXII - **redução** dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (grifo nosso).

Primeiro, a Constituição estabelece que a criação de regime de prorrogação da jornada além do limite de 8h diárias exige negociação coletiva.

Segundo, a jornada de trabalho é matéria de saúde e segurança: após o limite constitucional, o trabalhador entra numa fase de grande desgaste físico e psicológico, aumentando os riscos de acidentes.

Terceiro, nas atividades insalubres, o desgaste e o risco à saúde humana são ainda maiores, de modo que o fim da exigência de licença prévia da autoridade estatal viola o art. 7º, XXII da CF/88.

Quarto, a possibilidade de supressão do intervalo para refeição e descanso viola normas básicas de saúde humana e o citado XXII do art. 7º, CF/88.

6) A tentativa de imposição de limitação na indenização por danos morais causados pelo patrão.

Art. 223-G. [...].

[...]

§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.

[...]

Essa tentativa de “precificar” e limitar a indenização pelos danos morais causados pelo empregador **viola o princípio constitucional da isonomia**, definido do art. 5º, *caput*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. A “Reforma” tenta instituir duas categorias de pessoas: os cidadãos e os empregados, que se tornariam cidadãos de segunda categoria. Se um cidadão qualquer sofrer dano moral causado por quem quer que seja, o Judiciário não estará limitado para definir a indenização. Mas, segundo as novas regras, se for empregado ofendido pelo patrão, sem nenhuma justificativa lógica, o Judiciário teria que agir de modo distinto e se submeter a limites inexistentes para outras relações.

A nova legislação “precifica” os danos extrapatrimoniais e define que dois trabalhadores que sofreram dano da mesma intensidade, circunstância, pelo mesmo ofensor, com o mesmo método e a mesma gravidade terão indenizações distintas conforme o salário que receberem. Ou seja: ficou barato causar danos a trabalhadores com baixos salários, o que também viola o art. 5º, *caput* e o art. 7º XXXII da Constituição de 1988, que estabelece a clara **“proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”**.

7) A tentativa de submeter a empregada gestante ou lactante a condições insalubres de trabalho em graus médio e mínimo.

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

[...]

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.

A “Reforma” viola o art. 7º, XII da CF/88, que prevê a: “**redução** dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. A tentativa de criar meios de submeter a gestante e a lactante a ambientes insalubres em graus médio e mínimo é um retrocesso em relação à Lei n. 13.287/2016 que estabelecia (art. 394-A da CLT) a obrigação patronal de afastamento da gestante ou da lactante **de qualquer ambiente insalubre**. Ao invés de reduzir os riscos, aumenta-os, e, por isso, é inconstitucional.

8) A tentativa de permitir “acordo individual” sobre as pausas obrigatórias para a empregada amamentar o bebê.

A CLT prevê no art. 396 duas pausas de 30 minutos para amamentação de filho de até 6 meses de idade ou mais, a depender de prescrição médica. A “Reforma” tenta submeter essa questão a “acordo individual” com o patrão:

Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este 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 [Acrescentado pela “Reforma”]. Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

Qualquer alteração da jornada que implique “compensação de horários” depende de acordo ou convenção coletiva de trabalho, nos termos do inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal. Por tentar contornar essa exigência, a “Reforma” incorre em inconstitucionalidade.

No mérito da questão, o citado §2º da CLT “reformada” estabelecerá o fim das pausas durante a jornada, estabelecendo-se que a empregada lactante vá para casa 1h mais cedo. No entanto, é sabido que os bebês não podem ficar as 7h da jornada da mãe sem mamar. Por essa razão, essa medida viola também o direito da criança “à vida, à saúde e à alimentação” (art. 227 da CF/88).

9) A tentativa de instituir um contrato de trabalho “intermitente”.

Art. 443. [...].

§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.

[...]

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.

[...]

A Reforma cria o conceito de trabalho intermitente, como sendo aquele descontínuo, 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. Isso significa a possibilidade de retorno ao recebimento por hora trabalhada, **podendo, ao final do mês, o trabalhador receber menos do que o salário-mínimo**. Isso viola o direito constitucional ao salário-mínimo, que garanta a subsistência do trabalhador e de sua família, inclusive nas atividades que imponham variação da quantidade de trabalho e de remuneração, nestes termos:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores [...]:

[...]

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

[...]

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

Resta evidente que o “contrato intermitente” instituiria a possibilidade de variação da quantidade de trabalho e de remuneração sem, contudo, garantir o salário-mínimo ao empregado, que não pode assumir os riscos da atividade econômica, prerrogativa esta do empregador que, por isso, fica com os lucros da atividade.

A Reforma estabelece (§6º, art. 452-A), ainda, que o empregador deverá pagar ao empregado “ao final de cada período de prestação de serviços” as férias proporcionais com um terço, o 13º salário proporcional, o descanso semanal remunerado e eventuais adicionais salariais (periculosidade, se o caso, por exemplo). A instituição dessa rescisão contratual proporcional e constante ao longo da relação intermitente gera uma provável consequência nefasta e inconstitucional: a frustração do direito às férias enquanto pausa remunerada anual para descanso. Mesmo tendo previsto o direito às férias após 12 meses de contrato (§9º do art. 452-A), fica a

pergunta: o trabalhador receberá novamente um salário acrescido de 1/3? Se lhe for descontado nessa pausa anual as férias proporcionais pagas na intermitência do contrato, então o art. 7º, XVII da CF/88 foi violado: “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

10) A tentativa de criar a prevalência de “acordo individual” sobre acordo ou convenção coletiva de trabalho para os empregados de nível superior e que recebam salário superior a duas vezes o teto previdenciário.

Essa tentativa vem pela inclusão do parágrafo único ao art. 444 da CLT:

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

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Nos casos dos contratos com empregados portadores de diploma de nível superior e com salário mensal igual ou superior a duas vezes do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (R\$ 11.062,62 em 2017), a “reforma” tenta validar os termos contratuais como sendo de livre estipulação e com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos. Com isso, ela cria a possibilidade de exclusão da Legislação Trabalhista enquanto patamar mínimo de proteção para esse tipo de empregado que, embora seja mais bem remunerado e tenha formação universitária, não poderá por isso negociar em pé de igualdade com o empregador e verá garantias legais destinadas à proteção da saúde humana serem ameaçadas por “negociação individual”.

A inconstitucionalidade está na **tentativa de negar** para esses trabalhadores específicos **poder jurídico à negociação coletiva**, que, quando traz benefício ao trabalhador, não recebeu da Constituição nenhum limite, muito menos um limite imposto por “acordo individual”.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores [...]:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Essa tentativa deixa claro o propósito de que esse empregado qualificado e bem remunerado seja obrigado a abrir mão da lei trabalhista enquanto patamar mínimo de proteção humana. Esquece-se de que há na Constituição a proibição de discriminação dos trabalhadores. O art. 7º, inciso XXXII institui a “**proibição de distinção entre**

trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos". A legislação ordinária e a Constituição (art. 7º, XXII) preveem medidas de proteção à saúde e à segurança do trabalhador que não deixam de valer só porque ele é qualificado ou bem remunerado.

11) A tentativa de instituir a prevalência do negociado sobre o legislado, de criar a possibilidade de renúncia coletiva da proteção legal e de limitar o prazo de validade das normas coletivas.

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

[...]

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

[...]

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

[...]

§1º. No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no §3º do art. 8º desta Consolidação.

§2º. A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

[...]

Art. 614. [...]

[...]

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

Esbarra na Constituição toda norma que busque permitir, por qualquer meio que seja, inclusive por negociação coletiva, a criação de regras que sejam desfavoráveis ao trabalhador em relação ao parâmetro legal. A Constituição prevê no *caput* do art. 7º o princípio protetor e o do não retrocesso social: "São direitos dos trabalhadores [...] além de outros que **visem à melhoria de sua condição social**". Para garantir esse objetivo, está estabelecido que não se pode "excluir da apreciação" da Justiça do Trabalho "lesão ou ameaça a direito dos trabalhadores", mesmo que essa ameaça venha da lei ou de negociação coletiva.

No texto citado acima, há inconstitucionalidade na tentativa de instituição de "teletrabalho" que não respeite o limite constitucional à jornada (CF/88, art. 7º, XIII) e de "contrato intermitente" que viole a garantia do salário-mínimo, mesmo para remuneração variável (CF/88, art. 7º, VII).

Há inconstitucionalidade na tentativa de permitir que negociação coletiva estabeleça o enquadramento do grau da insalubridade porque a garantia "de redução dos riscos inerentes ao trabalho" (inciso XXII, art. 7º, CF/88) exige que esse

enquadramento respeite parâmetros técnicos, fixados pelo Estado por meio do Ministério do Trabalho. Fixar padrão remuneratório inferior ao da lei de modo oblíquo pela alteração do enquadramento da insalubridade é retrocesso social para a categoria atingida e discriminação injusta dela em relação aos demais trabalhadores à luz do parâmetro técnico fixado nas Normas Regulamentadoras, o que, por sua vez, viola o art. 7º, XXXII, que proíbe discriminação entre profissionais.

A tentativa de limitação do prazo de duração da norma coletiva e de impedimento de sua ultratividade (continuar valendo na hipótese de ausência de negociação posterior) é uma tentativa de limitar o que a Constituição não limitou: o poder das negociações coletivas de criar normas mais benéficas aos trabalhadores (art. 7º, XXVI, CF/88).

12) A tentativa de livrar o empregador da obrigação de submeter à negociação coletiva a intenção de realizar dispensa coletiva de empregados.

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.

Essa tentativa de contornar as autoridades e os sindicatos é inconstitucional porque fere o art. 7º, inciso I da CF/88: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa [...]”.

A Seção de Dissídios Coletivos do TST, em julgamento de dispensa coletiva, estabeleceu que:

[...] 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 Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s) [...] (TST, Seção de Dissídios Coletivos – SDC, processo RO-DC n. 30900-12.2009.5.15.0000, Rel. Maurício Godinho Delgado, DEJT 4/9/2009).

Portanto, se a Constituição garante a proteção da relação de emprego e se a dispensa coletiva é um ato jurídico coletivo, é inconstitucional a tentativa da “Reforma” de contornar essas barreiras.

A REFORMA TRABALHISTA PONTO A PONTO

AS TENTATIVAS DE MUDANÇA E AS INTERPRETAÇÕES EM DEFESA DOS TRABALHADORES

1) Grupo econômico

A nova lei tenta blindar o patrimônio pessoal dos sócios das empresas que lesam direitos trabalhistas. Além disso, quer acabar com a configuração do grupo econômico, através da inclusão do § 3º do art. 2º da CLT:

Art. 3º. [...].

[...]

§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.

Nossa interpretação: quando um empresário é sócio-proprietário de duas ou mais empresas, a “demonstração do interesse integrado”, da “efetiva comunhão de interesses” e da “atuação conjunta das empresas” não se limita ao objeto da produção ou serviço. Comprovam o enquadramento nesses novos três conceitos, não definidos em outros dispositivos legais, quaisquer dos seguintes elementos: a mesma clientela, a utilização dos mesmos bens que compõem o fundo de comércio, é dizer, as mesmas matérias primas na cadeia produtiva, os mesmos fornecedores, a tecnologia, o *know-how*, a gestão de mão de obra ou, o mais importante, a mesma inteligência organizacional que o proprietário leva para suas diferentes empresas. É irrelevante o fato de as empresas atuarem em ramos econômicos distintos.

2) Hora extra por permanência no local de trabalho

A mudança afasta o pagamento de hora de trabalho se houver permanência na empresa em razão de lazer, proteção diante de chuva, falta de segurança, troca de roupa ou uniforme (quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca dentro da empresa).

Nossa interpretação: essa obrigatoriedade em realizar a troca de uniforme dentro

da empresa não deverá ser interpretada como faculdade do empregador, senão como uma necessidade prática. Isto é, toda vez que o uniforme exigir tempo adicional para ser vestido, então tal procedimento deverá ser feito no interior da empresa. O próprio conceito de empregador (art. 2º da CLT), que assume os riscos do empreendimento, impõe essa interpretação.

3) Hora *In Itinere*

O tempo que o trabalhador precisa para ocupar seu posto desde a portaria principal, ou em locais distantes sem transporte oferecido pela empresa, não será mais remunerado, nos termos do novo art. 58, §2º da CLT. No mais, ao se referir a “posto” e não mais a “local” de trabalho, abre-se a brecha para a má prática em que terceirizados transitam entre um tomador de serviço e outro, sem o devido cômputo.

Nossa interpretação: trata-se de um absurdo, pois se trata de tempo que o trabalhador não está com sua família, ou mesmo em descanso. Uma clara afronta à melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º da CF/88).

4) Férias fracionadas

Foi extinta a exigência de férias de 30 dias de uma só vez para os de idade inferior a 18 anos e acima de 50 e permite que um acordo individual divida as férias em até 3 partes, sendo uma de no mínimo 14 dias. Permite, ainda, aos trabalhadores em tempo parcial, a venda de 1/3 das férias adquiridas.

Nossa interpretação: apesar de alguns trabalhadores assim preferirem, tal alteração joga por terra o direito à desconexão do trabalho. No mais, os acordos individuais entre patrão e empregado nunca são totalmente equitativos. Assim, se o trabalhador provar que houve coação para assinar o pedido de fracionamento das férias, a empresa poderá ser condenada judicialmente ao seu pagamento em dobro (art. 137 da CLT).

5) Dano moral

Estabeleceu-se um padrão de indenização adotando como critério o impacto do dano e o salário do ofendido:

- 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.).

Nossa interpretação: A nova legislação “precifica” os danos extrapatrimoniais e define que dois trabalhadores que sofreram dano da mesma intensidade, circunstância, mesmo ofensor, mesmo método, mesma gravidade etc. terão indenizações distintas a partir do salário. Torna-se barato causar dano a trabalhadores de baixos salários. Pelos motivos que já aduzimos acima, esse dispositivo exala incontornável inconstitucionalidade.

6) Regulação dos danos morais e extrapatrimoniais

A responsabilização de quem causa dano a outra pessoa, ainda que moral (pessoa física) ou extrapatrimonial (pessoa jurídica) já é regulada na Constituição (art. 5º, X) e no Código Civil (artigos 186, 187, 927 e seguintes), pois os bens protegidos são os mesmos independentemente da relação em que se insiram. A reforma busca discriminar os trabalhadores impondo limites ao judiciário na condenação das empresas causadoras de danos morais.

Além do limite já citado acima, com a “precificação” dos danos e a discriminação de acordo com a renda do ofendido, a reforma estabelece que o ofendido ou mesmo a vítima em caso de acidente de trabalho fatal “são os titulares exclusivos” do direito à reparação. Com isso a reforma pretende impedir que os sucessores (viúva, filhos etc.) possam pleitear na Justiça reparações por danos materiais ou morais sofridos pela vítima-empregado em face do empregador.

A reforma indica quais são os bens tutelados da pessoa jurídica: imagem, marca, nome, segredo empresarial e sigilo de correspondência. O objetivo é ameaçar os empregados, caso expressem opiniões críticas aos empregadores.

Nossa interpretação: Limitar o acesso à Justiça para a reparação de um dano somente ao ofendido é inconstitucional, pois desconsidera os bens extrapatrimoniais

que uma família carrega após o falecimento do trabalhador. Por exemplo, um trabalhador é injustamente acusado de ter furtado valores da empresa, e é demitido por justa causa. Antes de ingressar com a ação, o trabalhador falece. Como seria lógico impedir que a família ingressasse com uma ação querendo “passar a limpo” essa história? Não seria justo que a família pretendesse reparar a injusta acusação que repousou sobre seu membro já falecido?

7) Supressão do Intervalo Intra-jornada (Refeição / Descanso)

Antes da mudança, a supressão total ou parcial resultava na obrigação de pagar a hora inteira e não apenas o tempo que foi suprimido, nos termos da Súmula nº 437 do TST. Isso funcionava como uma “multa” para desestimular essa prática atentatória à saúde do trabalhador.

A reforma prevê que, em caso de redução do tempo do intervalo, somente o tempo faltante para se completar 1h será pago como hora extraordinária.

A reforma permite, além disso, a redução do tempo de intervalo para compensação do tempo suprimido no começo ou final da jornada (entrar mais tarde ou sair mais cedo).

Nossa interpretação: por se tratar de norma de saúde, o intervalo não pode ser limitado pelo legislador infraconstitucional, o que atrai a tese da inconstitucionalidade nesse particular. Isso para além da contradição com o princípio da melhoria social da condição do trabalhador, também de acento constitucional.

8) Equiparação salarial

O pedido de equiparação se tornou muito mais difícil de conseguir. Ou ficou ainda mais fácil para a empresa ter duas pessoas fazendo as mesmas coisas, com as mesmas responsabilidades, a mesma quantidade e perfeição e, no entanto, recebendo salários distintos. As condicionantes para o reconhecimento da Equiparação foram alteradas e quase inviabilizam o pleito. As mudanças são: o paradigma (trabalhador referência com maior salário) precisará trabalhar na mesma unidade (ficando vedada a indicação de paradigmas remotos); o tempo de trabalho não superior a 2 anos que antes era considerado somente em relação ao tempo na função agora exige que não haja entre paradigma e equiparando diferença de tempo na empresa superior a 2 anos.

Por fim, o Plano de Cargos e Salários não precisa de Homologação, favorecendo a construção de Planos meramente para obstar as ações de equiparação; e as promoções poderão ser feitas por merecimento ou antiguidade, e não mais pelos dois critérios alternados.

Nossa interpretação: planos de Cargos “fajutos”, que são inviáveis e meramente pró-forma, deverão ser rechaçados pelo Judiciário, por revestirem intentos de fraude à lei trabalhista (art. 9º da CLT) e à isonomia salarial (art. 5º, I). No mais, conforme o caso, poderá o juiz relativizar a exigência de paradigma na mesma unidade, no caso de não haver mais trabalhadores nesta unidade.

9) Trabalho em tempo parcial

Pela nova lei, o trabalho em regime de tempo parcial é aquele cuja duração não excede 36 semanais (antes eram 25 horas semanais), sem a possibilidade de horas extras semanais, ou, ainda, aquele trabalho cuja duração não excede a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas extras semanais.

Nossa interpretação: a possibilidade de compensação fora do módulo semanal figura como inconstitucional, eis que o art. 7º, III da CF/88 faculta a compensação de horários somente nessa base semanal. Ademais, a elevação das 25 para 36 horas a fim de caracterizar o trabalho em tempo parcial é ilegal, pois a jornada de 36 horas já existe para algumas categorias como sendo jornada comum.

10) “Pejotização”

A tentativa da lei é de que a contratação do autônomo com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afastaria a qualidade de empregado. Isso permitiria a contratação de qualquer pessoa na condição de Pessoa Jurídica e não como empregado.

Nossa interpretação: se estiverem presentes os requisitos do vínculo de emprego, ainda será caracterizada a fraude no contrato de serviços. Aqui, a argumentação deverá se preocupar com a prova da subordinação, fortalecendo as teses mais ampliativas quanto à caracterização desta. No mais, as despedidas para recontração como PJ deverão ser invalidadas pelo Judiciário, por afrontarem o

direito constitucional da proteção contra a despedida arbitrária (art. 7º, I da CF/88).

11) Compensação

Permitiu-se a instituição de regime de compensação mensal (antes era somente semanal) a partir de acordo individual, tácito ou escrito.

Antes da reforma, a exigência de horas extras habituais descaracterizava o regime de compensação semanal em funcionamento. Exemplo: como a jornada semanal é de 44h, é muito comum o acordo de compensação semanal para evitar que o empregado tenha que ir à empresa no sábado para trabalhar 4h. Por acordo individual, era permitido que essas 4h fossem pulverizadas na semana (ex.: 1h a mais de segunda a quinta sem ser paga como hora extra) para evitar que fossem trabalhadas aos sábados, que ficavam livres. Mas se o empregador exigisse horas extras, isso descaracterizava o acordo de compensação e passava a ser devido o adicional de 50% sobre essa 1h a mais de segunda a quinta. Com a reforma, isso não acontece mais e a prestação de horas extras habituais não descaracteriza a compensação, embora prejudiquem o regime de pausas para recuperação da energia do trabalhador.

Nossa interpretação: a mesma inconstitucionalidade apontada acima, no que diz respeito ao banco de horas.

12) Limpeza e uso de uniformes

Pela tentativa de mudança, cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada.

Nossa interpretação: muito embora a “Reforma” estabeleça que o uniforme deva atender ao interesse do empregador, prevê, contraditoriamente, que, regra geral, é do empregado a obrigação de higienização do uniforme, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum. Com isso, desvirtua-se o próprio art. 2º da CLT, que define que o empregador assume os riscos do empreendimento. Tal contradição enfraquece a força normativa dessa alteração, podendo o juiz analisar a

sua validade caso a caso.

13) Parcelas que não integram a remuneração

“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”. (§2º do art. 457 da CLT, modificado pela Reforma).

Com essa mudança, mesmo que certas parcelas tenham por objetivo retribuir o trabalho, estarão por ficção legal excluídas da remuneração, de modo que sobre elas não incidem recolhimentos para o FGTS nem para o INSS, causando ao trabalhador uma futura redução na multa rescisória (calculada sobre o FGTS depositado ao longo do contrato) e no valor do benefício previdenciário.

A CLT previa nesse artigo uma proteção contra a fraude consistente em disfarçar o salário de “ajuda de custo”, isto é, um adiantamento que o empregador faz em dinheiro ao empregado para que execute o serviço (exemplo: diária de viagem para serviço externo) e que era descontado ao final do mês no contracheque. A CLT presumia essa fraude em “diárias de viagem” identificadas no demonstrativo de pagamento salarial com valor 50% superior ao do salário do empregado, o que exigia que o empregador provasse que realmente eram adiantamentos para a execução do serviço e não salário disfarçado para escapar dos reflexos em verbas contratuais e recolhimentos para o INSS. A reforma simplesmente tenta pôr fim a essa presunção, facilitando esse tipo de fraude.

Nossa interpretação: em atenção ao art. 9º da CLT, qualquer tentativa de fraude à legislação trabalhista, no que tange à consideração do salário, deverá ser rechaçada.

14) Fim da regulamentação das gorjetas

A Lei n, 13.419/2017, anterior, portanto, à Reforma, estipulava uma série de regras (parágrafos 3º a 11 do art. 457) para pôr fim aos conflitos em torno das gorjetas. Em síntese, a Lei previa duas possibilidades: (I) ou o empregador poderia reter as gorjetas, declará-las na contabilidade, utilizá-las em parte para o pagamento dos encargos trabalhistas (reflexos, FGTS, INSS) e passar o restante na remuneração aos empregados (e com isso se evitava a fraude consistente em “roubar” as gorjetas); (II) a estipulação de outras regras por meio de negociação coletiva, com a participação

do sindicato profissional. A “Reforma Trabalhista” elimina essa regulamentação e volta a facilitar aos patrões a simples apropriação das gorjetas.

Nossa interpretação: também em atenção ao art. 9º da CLT, qualquer tentativa de fraude à legislação trabalhista, no que tange à consideração do salário, deverá ser rechaçada.

15) O recebimento de gratificação por exercício de função especial deixa de se incorporar ao contrato mesmo após 10 anos de exercício

A Jurisprudência (Súmula 372 do TST) construiu a regra segundo a qual o empregado que tenha recebido gratificação por exercício de função especial por mais de 10 anos não perde o direito a tais pagamentos mesmo se venha a ser revertido ao cargo normal, por força do princípio da estabilidade financeira do contrato. No mesmo sentido, a Jurisprudência previa que “mantido o empregado no cargo comissionado”, não poderia o empregador reduzir o valor da comissão.

A Reforma tenta pôr fim a essas regras: mesmo se ultrapassado 10 anos, não se assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente.

Nossa interpretação: essa tentativa de mudança é inconstitucional porque viola o princípio da irredutibilidade de salários (art. 7º, VI, CF/88). Após 10 (dez) anos o empregado estruturou toda a sua vida com base na remuneração superior em 40% garantida para o cargo de confiança (art. 62, parágrafo único da CLT).

16) Uma nova hipótese de dispensa com justa causa

O artigo 482 prevê as hipóteses nas quais o empregador pode rescindir o contrato como uma punição. A Reforma acrescenta uma nova hipótese (alínea “m” do art. 482), a perda da habilitação para dirigir veículos ou a perda dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

Nossa interpretação: É ônus do empregador provar o dolo na perda da habilitação para dirigir. No mais, a perda dos requisitos para o exercício da profissão é sempre presumível o não dolo, porque ninguém em sã consciência vai querer se prejudicar,

somente para obter alguma vantagem no trabalho. Por exemplo, que razões teria um advogado para intencionalmente ter a habilitação do exercício da profissão suspensa ou revogada? Retornando ao escritório sem a OAB, ele não obteria uma promoção, senão um rebaixamento de funções. Ou seja, é pouco crível que alguém se prejudique a tal ponto.

17) Empregados não registrados

As multas em caso de ausência de registro de empregados serão reajustadas pela Taxa Referencia Diária - TRD (um índice que não recompõe a inflação). Em breve, as multas tornar-se-ão simbólicas, o que vai estimular o trabalho informal.

Nossa interpretação: A correção das multas deverá ser reajustada anualmente, sob pena de perder sua força inibitória. Caso não o sejam, o Judiciário poderá interpretar sua correção conforme a Constituição, de modo a viabilizar uma correta inibição à fraude, revigorando o art. 7º da CF/88.

18) Extinção do contrato por mútuo acordo

A Reforma cria a possibilidade de extinção do contrato por mútuo acordo entre empresa e empregado, caso em que será devido ao empregado 50% do aviso prévio indenizado e multa de 20% do FGTS (na dispensa por iniciativa do empregador a multa é de 40%). As demais verbas rescisórias deverão ser pagas na integralidade (férias vencidas e proporcionais com mais 1/3, 13º salário proporcional). Essa modalidade de fim de contrato permitirá ao empregado sacar 80% do saldo de seu FGTS, mas não dará direito ao recebimento do seguro desemprego.

Nossa interpretação: Nenhum acordo desse calibre poderá ser feito sem assistência sindical. Muitas vezes, por esses acordos interessarem mais ao patrão, o olhar do juiz deverá procurar a fraude, que fia comprovada com a recontração do trabalhador tempos depois, indicando que foi forçado a extinguir o contrato por “mútuo” acordo com a promessa de recontração posterior.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES EM DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: NOVOS DESAFIOS PARA OS SINDICATOS PROFISSIONAIS.

1) Dispensa coletiva

Normas internacionais e decisões dos Tribunais vinham estabelecendo a obrigação ao empregador de submeter a sua pretensão de realizar dispensas coletivas à negociação com o sindicato profissional. A Reforma excluiu expressamente esse diálogo, tentando facilitar e baratear aos empregadores as dispensas massivas.

Nossa interpretação: Esse item da lei é inconstitucional, como apontamos na 12ª flagrante inconstitucionalidade.

2) Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada

Se o PDV estiver previsto em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho terá por consequência o seguinte: se o empregado aderir, em troca das vantagens que há de receber por sua saída abrirá mão de poder discutir na Justiça qualquer outra questão do contrato, do qual se considerará, por ficção, que o empregador está totalmente quitado, salvo previsão em contrário no Acordo ou Convenção Coletiva que instituir o PDV. Um exemplo de possível violação grave a direitos fundamentais é o do empregado que adere ao PDV e, mais tarde, descobre que adquiriu doença por força do trabalho que executava: segundo essa nova regra, não poderá pedir reparação na Justiça e terá de dar-se por satisfeito com as vantagens que recebeu para sair da empresa.

Nossa interpretação: os sindicatos devem ter atenção redobrada na hora de assinar PDVs. De todo modo, a quitação geral e plena dada qualquer instrumento extrajudicial é inconstitucional, pois impede o acesso ao Poder Judiciário.

3) Fim da assistência sindical no pagamento de verbas rescisórias e ampliação do prazo

As verbas rescisórias devem ser pagas em 10 dias, a contar do término do contrato (antes, deveriam ser pagas no dia seguinte ao término do aviso prévio trabalhado, ou dez dias após a concessão do aviso prévio indenizado). Além disso, a Reforma exclui a participação do sindicato profissional na homologação da rescisão, o que o afasta do trabalhador num momento tão importante do contrato.

Nossa interpretação: sugerimos a realização de campanhas permanentes de sindicalização e de oferecimento gratuito do serviço de **revisão da rescisão contratual** no departamento jurídico do sindicato. Para evitar discussões judiciais, acordos e convenções coletivas deverão prever a obrigatoriedade da assistência sindical na homologação. Nada obsta, ademais, que o Judiciário invalide demissões de uma empresa que sistematicamente sonega verbas trabalhistas sem que o sindicato esteja presente nas homologações para assistir os trabalhadores. Nesse caso, condenações por danos sociais caberiam perfeitamente.

4) Termo de quitação anual do contrato de trabalho.

A “Reforma” reintroduz, pelo novo art. 507-B, essa antiga prática que tem por finalidade legalizar violações anteriores. A nova regra dá esse poder ao sindicato e, com isso, estimula o conflito entre o este e o empregado que estiver pressionado individualmente pelo empregador a aceitar a “quitação anual” como condição para manter o emprego. Antes da “Reforma”, uma vez que a Lei não possibilitava esse tipo de chantagem, ela sequer era cogitada, e o empregado sempre poderia recorrer mais tarde ao Judiciário para reaver o que tivesse direito, ainda que houvesse aceitado um “ajuste” individual sob pressão. Agora, se o sindicato participar da fraude, a lei tenta fazer com que o Judiciário não intervenha.

Nossa interpretação: orientamos que o sindicato, como política oficial, caso não seja possível se opor a estes termos, responda às solicitações dos trabalhadores e esteja presente para evitar que direitos sejam sonogados.

5) Representação dos empregados nas empresas

Criou-se, com o art. 510-A e seguintes, a comissão de representantes dos trabalhadores nas empresas.

Nossa interpretação: orientamos os sindicatos, notificados por comissões de empresa, a jamais recusar a assumir as negociações. E, desde já, iniciem o processo de eleição de representantes na empresa, uma vez que os acordos coletivos terão um peso maior (no caso de não ser barrada a absoluta prevalência do acordo sobre a convenção coletiva).

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES EM DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

1) Contagem dos prazos em dias úteis

Tal medida poderá aumentar o tempo dos processos até sua finalização.

2) Justiça gratuita

Antes, bastava que o trabalhador declarasse que não possuía condições de arcar com os custos de um processo para que ele fosse isentado do pagamento de custas processuais (2% do valor da causa) e honorários periciais. Tal declaração tinha um peso, cabendo à empresa provar o contrário. Agora, o trabalhador que recebe salário superior a R\$ 2.212,52 (40% do teto do INSS) terá que provar a insuficiência de recursos e dependerá da decisão do juízo.

Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da Justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas.

No caso de não pagamento das custas, será feita execução da respectiva importância.

Nossa interpretação: temos uma inconstitucionalidade que afasta a apreciação do Poder Judiciário, pois cerra as portas da Justiça ao trabalhador. No mais, parece ilógico condenar solidariamente o sindicato, notadamente após a extinção da contribuição sindical obrigatória.

3) Pagamento dos honorários periciais

Mesmo tendo o benefício da Justiça gratuita, o trabalhador que pedir algum direito que exija perícia (periculosidade, insalubridade, médica, contábil, etc.) e for vencido na demanda terá que pagar os honorários periciais, no caso de ter obtido êxito em outros pedidos (no mesmo ou em outro processo trabalhista). Ainda se criou a possibilidade de pagamento parcelado dos honorários do perito.

Nossa interpretação: outra inconstitucionalidade que afasta a apreciação do Poder Judiciário. O acesso à Justiça resta dificultado, pois os pedidos que exigem perícia,

por mais evidentes que sejam na realidade, serão represados, pois os trabalhadores terão receio de gastar valores de que não dispõem. O juiz mais sensato deverá pura e simplesmente não aplicar essa exigência legal, por inconstitucional.

4) Honorários advocatícios sucumbenciais

Se o trabalhador perder total ou parcialmente o processo, terá que pagar honorários advocatícios à parte contrária, de 5 a 15% do valor da causa. Se tiver o benefício da justiça gratuita, a exigência do pagamento fica em suspenso por dois anos do fim do processo. Se, nesses dois anos, o advogado da parte contrária não provar que o trabalhador deixou de ser pobre na acepção legal, então a dívida de honorários prescreve.

Nossa interpretação: somente deverão ser cobrados honorários advocatícios em caso de improcedência total da demanda.

5) Indenização por danos processuais

Supostamente para evitar reclamações ou alegações falsas, foi instituída a responsabilidade pela má-fé processual. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II – alterar a verdade dos fatos;
- III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI – provocar incidente manifestamente infundado;
- VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

O juiz pode condenar de ofício (independente de pedido das partes) ou a requerimento das partes, e a condenação poderá ser na forma de multa (superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa), indenização dos prejuízos da parte prejudicada e pagamento dos honorários advocatícios, incluindo todas as despesas que efetuou.

Nossa interpretação: o trabalhador não tem interesse, via de regra, em prolongar o processo, porque quer receber os valores que julga ter direito o mais rápido possível (por isso mesmo é que muitos acordos são feitos na Justiça). Assim, mesmo interpondo recurso que aos olhos do Tribunal pareçam totalmente inviáveis, não é o trabalhador quem protela o processo, mas o empregador, que não quis pagar as verbas trabalhistas em tempo.

6) Suspensão do processo por exceção de incompetência

Quando a ação é proposta em uma cidade, mas o local de trabalho foi outro, a empresa geralmente ingressa com uma exceção de incompetência. Para outros casos, também se ingressa com esta exceção: quando a empresa alega que a matéria não é trabalhista, por exemplo, devendo ser julgada pela Justiça Estadual ou Federal. Com a mudança, essa alegação de incompetência suspende o processo, até ser julgada. Ou seja, se o recurso for usado, o processo irá demorar mais.

Nossa interpretação: a empresa deverá ser condenada por dano processual caso apresente exceção de incompetência desarrazoada.

7) Ações trabalhistas deverão ter os pedidos calculados previamente (liquidados)

As reclamações deverão vir liquidadas, ou seja, com a indicação dos valores que o trabalhador acredita ter direito. Se não vier dessa forma, o processo ou os pedidos não calculados serão arquivados (total ou parcialmente).

Nossa interpretação: essa previsão deve ser lida com ressalvas pelo intérprete, pois nem sempre é possível liquidar algum pedido. Indicar valores aproximados na inicial apenas servem para conciliação na primeira audiência. Assim, seria autoritária a extinção do processo no caso de não liquidação. Segundo o novo CPC, o juiz deverá antes citar a parte para suprir eventual defeito na peça processual proposta, o mesmo devendo se aplicar à petição inicial.

8) Custas por não comparecimento

Se o trabalhador faltar injustificadamente na primeira audiência, será condenado ao pagamento das custas processuais, mesmo se for beneficiário da justiça gratuita. E só poderá entrar com outra ação se houver quitado as custas.

Nossa interpretação: o beneficiário da Justiça gratuita não pode ser condenado a pagar custas. É uma completa ilogicidade da lei, que deverá ser lida conforme a Constituição. No mais, atrasos devidamente provados nos meios de transporte coletivo são, a nosso ver, justificativas hábeis para afastar essa condenação.

9) Desistência da ação

Deverá ser requerida até a data da apresentação da defesa. Após isso somente com o consentimento da outra parte.

10) Acordos extrajudiciais

Poderão ser feitas petições assinadas pelo advogado da empresa e do reclamante para quitar as dívidas trabalhistas. Tais acordos poderão ser homologados pelo juiz, mas não se sobrepõem às multas pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias.

Nossa interpretação: regra desnecessária, que somente abre brechas para a fraude. Se o empregador quiser demitir sem que o trabalhador acesse o judiciário, bastaria pagar o que é devido.

11) Depósito recursal

O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para as entidades filantrópicas, empregadores domésticos (não importando a faixa de renda destes), microempresas e empresas de pequeno porte. Terão isenção os beneficiários da Justiça gratuita e as empresas em recuperação judicial.

Nossa interpretação: contraditoriamente, a lei previu a isenção às entidades filantrópicas e, ao mesmo tempo, previu o pagamento pela metade para essas entidades. Tal redução / isenção é injustificável, porquanto o objetivo do depósito

recursal é garantir a execução, ao menos num montante mínimo. ONGs e entidades filantrópicas muitas vezes não têm bens para arcar com as execuções e não há nada de positivo em liberá-las para litigarem sem que apresentem garantias.

12) Arbitragem

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (R\$ 11.062,62 em 2017), poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Nossa interpretação: inconstitucional, pois afasta a possibilidade de resolução de conflitos na Justiça do Trabalho, tal como nas extintas comissões de conciliação prévia.

13) Quitação anual do contrato de trabalho

Hoje o trabalhador pode reclamar na Justiça do Trabalho e essa reclamação alcançará os direitos (créditos) de 5 anos antes da data da distribuição da ação. Com essa previsão, as empresas certamente obrigarão os trabalhadores a assinarem um termo de quitação anual: acreditam os epígonos da “reforma” que isso impedirá a reclamação trabalhista para os anos em que houver o termo de quitação. Tal deverá ser feito na presença do sindicato.

Nossa interpretação: inconstitucional, em razão da inafastabilidade do controle judicial dos conflitos. Qualquer acordo de quitação anual terá a presunção de fraude, até mesmo porque o sindicato nem sempre saberá do histórico de pagamentos feitos ao trabalhador.

14) Os representantes das empresas (prepostos) para audiências

Não precisa ser empregado da reclamada.

Nossa interpretação: aqui, tenta-se liberar a indústria dos prepostos. Percebendo o juiz que o preposto é “profissional”, que nada presenciou os fatos e apenas estudou as teses defensivas, poderá condenar o empregador por litigância de má-fé. Se o advogado se colocar como preposto, está afrontando o art. 3º do Regulamento Geral da OAB.

15) Efeitos da revelia (ausência da reclamada na audiência)

A revelia não produz efeitos se:

- I – havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação;
- II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis;
- III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; e
- IV – as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

Nossa interpretação: o advogado não pode apresentar defesa sem o preposto da empresa. Assim, o juiz poderá apenas informar sua presença, como advogado, em ata, aplicando a revelia. Cautela será necessário para considerar o item III, pois muitas demandas dependem de prova a que somente o empregador tem acesso.

16) Ação para anular cláusula de Acordo ou Convenção Coletiva:

Quando houver ação individual ou coletiva para anular cláusulas de instrumento coletivo, os sindicatos deverão integrar o polo passivo como litisconsortes necessários.

Nossa interpretação: o objetivo da norma é dificultar ao trabalhador que questione na Justiça cláusula de acordo ou convenção coletiva que lhe retirem direitos.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

1) Execução a ser promovida pelas partes (art. 878/CLT).

Agora, o juiz somente promoverá a execução em processo no qual o trabalhador possua advogado constituído — uma raridade. Regra geral, incumbirá à parte promover a execução.

Nossa interpretação: o objetivo é dificultar a vida dos trabalhadores-Reclamantes e facilitar a dos empregadores devedores. Até então os juízes tomavam algumas medidas de execução, como a solicitação, de ofício, do bloqueio “online” de valores em contas bancárias no CNPJ da empresa ou nos CPF dos sócios. Com essa mudança, pretende-se passar ao encargo dos trabalhadores a tarefa de encontrarem bens dos empregadores para que sejam apresentados nos autos da execução.

2) Prescrição na execução (intercorrente)

A “reforma” tenta aplicar a prescrição intercorrente ao processo do trabalho, que ocorreria no prazo de dois anos na fase de execução (sem impulso oficial como na fase de conhecimento). O prazo inicia-se quando o autor (exequente) deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução e pode ser requerida ou declarada de ofício pelo juízo em qualquer grau de jurisdição.

Nossa interpretação: é inconstitucional a prescrição intercorrente, caso o trabalhador não seja pessoalmente intimado. Por exemplo, é possível que o advogado faleça, e o cliente perca o contato do escritório. Assim, não poderá este ser prejudicado por essa situação não rara.

3) Entidades filantrópicas

Essas entidades possuirão benefícios na execução, como a desnecessidade de penhora ou garantia da execução quando da interposição de recursos contra a decisão que homologou os cálculos. Em outras palavras, estas entidades poderão fazer o processo de execução demorar mais.

Nossa interpretação: afronta a isonomia, pois, na condição de empregadora, essas entidades se beneficiam da força de trabalho da mesma forma que as empresas.

4) Necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Cria um procedimento interno ao processo que amplia o direito de defesa dos sócios da empresa executada, o que tende a colocar obstáculos à celeridade do processo e dificultar o acesso aos bens necessários à satisfação do crédito alimentar dos Reclamantes.

Nossa interpretação: o fundamento da desconsideração da personalidade jurídica é tão-somente o não pagamento do crédito exequendo. As relações entre os sócios devem ser resolvidas entre eles. Fixados esses pressupostos, a judicatura deve ser célere na desconsideração da personalidade jurídica e ameaçar com multa e indenização por danos processuais os incidentes infundados ou protelatórios.

5) Prazo para manifestação sobre cálculos

O prazo para impugnação fundamentada dos cálculos de liquidação foi reduzido de 10 para 8 dias. Antes da “reforma”, a abertura de oportunidade às partes para manifestação era uma faculdade do juiz, que poderia avançar etapas em direção à execução, por celeridade e economia processuais, já que, uma vez penhorados os bens ou garantida a execução, poderão as partes questionar os valores. Com a nova redação do art. 879, torna-se obrigatória a manifestação das partes na fase de liquidação.

Nossa interpretação: novamente, uma mudança em desfavor da celeridade, quando a questão de direito já está resolvida e o bem maior a se proteger é a satisfação do crédito alimentar do trabalhador.

6) A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial

Será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil.

Nossa interpretação: como é sabido, a TR em período recente de nossa histórica não tem trazido a recomposição real da desvalorização monetária. Por essa razão, os fóruns e tribunais estão cheios de processos pedindo a aplicação do IPCA no lugar da TR, sendo o caso mais conhecido o do reajuste dos depósitos do FGTS.