

RUY DE MELLO MILLER

ADVOCACIA

Desde 1961



DIREITO DO TRABALHO EM FOCO

DEZEMBRO 2019 | 2ª EDIÇÃO

Coordenação

Juarez Camargo de
Almeida Prado Filho

ÍNDICE

1. DIREITO DO TRABALHO NA PAUTA DO STF (INTRODUÇÃO)

Juarez Camargo de Almeida Prado Filho

Página 02

2. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR

Juarez Camargo de Almeida Prado Filho

Página 03

3. A ULTRATIVIDADE E AS NORMAS COLETIVAS

Carolina Cammarosano Segnini

Página 05

4. JORNADA 12 X 36

Mayra de Souza Borges

Página 07

5. TARIFAÇÃO DO DANO MORAL

Lizandra Cristina Morandi

Página 09

6. TRABALHO INTERMITENTE

Andrea Sato

Página 12

7. NEGOCIADO X LEGISLADO

Juarez Camargo de Almeida Prado Filho

Página 14

8. A ATIVIDADE INSALUBRE E A GESTANTE

Millena Luiza Correia Henriques

Página 16

DIREITO DO TRABALHO NA PAUTA DO STF

Em sua essência, o direito também pode ser interpretado como um sólido mecanismo de pacificação social, de modo que a estabilização das relações jurídicas exerce papel fundamental no tocante à sua efetivação. Deve o Poder Judiciário, por conseguinte, prezar pela uniformidade e previsibilidade na interpretação e aplicação das leis, ou seja, de suas decisões. É sua a tarefa de garantir a isonomia e a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Infelizmente, parte de nossos Tribunais tende a caminhar na contramão dessa diretriz. Incertezas e indefinições pautam constantemente a atuação jurisdicional, o que somente contribui para um cenário cada vez mais caótico e beligerante. A Justiça do Trabalho não é diferente, destacando-se negativamente nesse aspecto.

Com alarmante frequência, as decisões proferidas no universo *juslaboral* se apresentam dissonantes e, pasmem, surpreendentes. Julgadores pautam-se exageradamente em princípios e na independência funcional para criar e/ou extinguir direitos, bem da verdade, para inovar no universo jurídico, cada qual a sua maneira. Agem como verdadeiras ilhas num infundável oceano, atentando contra a própria racionalidade da atividade jurisdicional.

Nesse contexto, a atuação dos tribunais superiores tem ganhado ainda mais relevância na busca por uma unidade valorativa, cabendo ao STF a última palavra no tocante às matérias constitucionais. Nada mais natural, assim, do que as controvérsias ditas trabalhistas, escoradas por sua natureza em princípios plasmados na Constituição Federal, desagurem na Suprema Corte.

Nesta edição, decidimos reunir temas trabalhistas considerados relevantes que aguardam julgamento junto à Corte Maior para discutirmos, ainda que brevemente, as teses em conflito e possíveis tendências. O objetivo é apresentarmos uma perspectiva que auxilie empregadores na avaliação de riscos e tomada de decisões.

Desejamos uma ótima leitura!





A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR

Juarez C. de Almeida Prado Filho

No tocante ao acidente de trabalho e reparação pelos danos decorrentes, há muito já se debate acerca da possibilidade de aplicação da teoria do risco para fixação da responsabilidade objetiva do empregador, isto é, de imputação do dever de indenizar independentemente da comprovação de culpa. E a Jurisprudência trabalhista, quase que de maneira uníssona, tratou de consolidar esse entendimento.

O Tribunal Superior do Trabalho e suas instâncias inferiores têm admitindo a responsabilização civil de empregadores e tomadores de serviços sem que se faça presente condição essencial estabelecida pelo próprio legislador constituinte. Em aparente violação ao artigo 7º, XXVIII, da CF, são inúmeras as condenações amparadas numa

interpretação excessivamente extensiva do Súmco do artigo 927 do Código Civil, a ponto até mesmo de, a nosso ver, descaracterizar o real sentido da norma e, conseqüentemente, ocasionar flagrante insegurança jurídica.

Podemos citar inúmeros exemplos, alguns até mesmo inusitados: “empregado com lesões causadas por picada de aranha deve ser indenizado” (TRT14); “ao alugar carro, a empresa assume o risco por acidente” (TRT21); “a responsabilidade do operador portuário no caso de acidente de trabalho é objetiva” (TRT2); “banco responde objetivamente por danos causados a empregado assaltado” (TST); “empresa responde objetivamente por acidente sofrido por motoboy” (TST)...

Para agravar esse cenário, lembramos que a reparação de danos oriundos de acidentes de trabalho envolve, ordinariamente,

indenizações de elevado vulto, muitas vezes com capacidade de comprometer o orçamento e inviabilizar a própria atividade econômica do empregador, repita-se, sem que para tanto se faça necessária a materialização do dolo ou da culpa.

O severo desdobramento econômico e a insegurança jurídica deflagrada por decisões do tipo logo levaram o Pretório Excelso a reconhecer a repercussão geral da matéria, elencando-a como objeto do tema 932 da Tabela de Repercussão Geral ("leading case" RE 828040).

O argumento levado à apreciação da Corte é o de que, ainda que sob o manto de estar promovendo uma exegese integrativa do artigo 927, § único, do Código Civil, a jurisprudência trabalhista majoritária tem atentado contra a literalidade do texto constitucional, de forma a promover verdadeira substituição de seu núcleo central. Em suma, invocou-se o princípio da supremacia das normas constitucionais, que se traduz na ideia de que a legislação ordinária deve ser interpretada à luz da Constituição Federal e não o contrário.

O Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, à época Ministro Vice-Presidente do TST, em muito bem fundamentado despacho que determinou o processamento daquele recurso extraordinário, chegou a destacar que "a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos envolvendo acidente de trabalho, por meio de menoscabo à regra constitucional e desarrazoada interpretação da legislação federal, implica potencial inovação no mundo jurídico, papel de protagonismo que cabe, precipuamente, ao Poder Legislativo".

No recente julgamento realizado pela Suprema Corte, acabou prevalecendo o entendimento contrário, ou seja, de que a responsabilização objetiva do empregador se

faz possível, desde que a atividade exercida pelo trabalhador seja considerada de risco. O argumento foi o de que a Constituição, em seu artigo 7º, estabelece direitos mínimos aos trabalhadores, sem prejuízo a outros que "visem à melhoria de sua condição social", o que permite empregar ao § único do artigo 927 uma interpretação extensiva.

O problema, ao que nos parece, é que sem a definição de uma tese que limite ou oriente essa interpretação, a solução dos casos concretos continuará entregue à discricionariedade de Juízes e Tribunais. Os jurisdicionados permanecerão à mercê da incerteza e da insegurança jurídica. Aliás, essa preocupação foi compartilhada pelos Ministros Luiz Roberto Barroso e Gilmar Mendes, que ressaltaram a necessidade de que as atividades de risco, para que sejam assim consideradas, estejam especificadas em lei.

"a responsabilização objetiva do empregador se faz possível, desde que a atividade exercida pelo trabalhador seja considerada de risco"

O Tribunal Pleno deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior, oportunidade em que os contornos da decisão serão melhor delineados. De toda forma, certo é que a vindoura decisão, por possuir efeito vinculante, impactará um sem número de processos e o próprio desenvolvimento das relações de trabalho. Daí se extrai o seu grau de importância e motivo pelo qual todos os *players* trabalhistas devem acompanhar o respectivo desfecho.



A ULTRATIVIDADE E AS NORMAS COLETIVAS

Carolina Cammarosano Segnini

As normas coletivas podem ser consideradas, genericamente, instrumentos firmados entre sindicatos representativos de categorias profissionais e sindicatos, conferindo condições de trabalho aplicáveis aos trabalhadores, como meio de criar ou ampliar benefícios, além de instituir deveres e obrigações às partes, privilegiando as relações negociais.

Apresentado o sentido macro da norma coletiva, o artigo 611 da CLT fraciona as suas espécies, definindo a convenção coletiva como aquela que é negociada entre o sindicato profissional e o sindicato econômico/patronal, e o acordo coletivo como o pacto entre o sindicato dos trabalhadores e uma ou mais empresas, restringindo o âmbito de aplicação às partes convenientes.

Apesar de benéficos aos empregados, a Consolidação da Leis do Trabalho limitou a vigência desses instrumentos, nos artigos 613 e 614, consignando que não poderiam vigorar por mais de dois anos, sendo necessária uma nova negociação após a expiração da sua validade. Na mesma esteira, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 277, que determinou a não integração, de forma definitiva, das condições de trabalho alcançadas pela sentença normativa nos contratos.

Tal posicionamento vigorou amplamente até a promulgação da Lei 8.542/92, que em seu artigo 1º fez constar que as condições negociadas por acordo ou convenções coletivas deveriam integrar o contrato individual de trabalho, de modo que prevaleceria a regra geral da impossibilidade de alteração lesiva, salvo exceção expressa em lei.

Todavia, tal dispositivo teve breve vigência, sendo revogado pela MP 1.709, convertida na Lei 10.192/01. Posteriormente, em 2009, o TST alterou a Súmula 277, repisando os seus termos, mas afastando da regra geral o período entre 23/12/1992 e 28/07/1995, momento em que estava em vigor a Lei 8.542, já mencionada.

De forma repentina e inesperada, em 2012, o TST alterou novamente a redação da Súmula 277, inserindo entendimento totalmente antagônico, no sentido que as disposições negociadas por normas coletivas não podem ser suprimidas, com exceção das negociações posteriores, integrando, portanto, as normas negociadas ao contrato de trabalho dos empregados alcançados pela negociação coletiva. Observa-se que tal entendimento pressupõe que ainda que a norma esteja vencida, prevalece a obrigação das partes de observarem as disposições econômicas e sociais que não tenham determinação de prazo específico para duração, até nova norma.

O enxame de questionamentos sobre a legalidade do teor da Súmula 277 chegou à Suprema Corte, através da ADPF 323. Na oportunidade, o TST robusteceu o seu entendimento por meio da interpretação do §2º do artigo 114 da CF, dada pela Emenda Constitucional 45/2004.

Com a decisão liminar nos autos da ADPF 323, no dia 14/10/2016, foi determinada a suspensão de todos os processos e efeitos de decisões na Justiça do Trabalho em que discutida a aplicação da ultratividade de normas de acordos e convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas. O Ministro Gilmar Mendes foi categórico ao afirmar que reinserir o princípio da ultratividade poderia configurar uma fraude hermenêutica.

A falta do desfecho faz perpetuar, de certa forma, o cenário da antiga redação, no sentido de que as convenções e acordos coletivos não integram o contrato de trabalho, possuindo prazo de vigência que deve ser respeitado pelas partes. Mas o risco de o entendimento contrário prevalecer ainda existe.

Acerca do tema, pertinente o comentário do Ministro Roberto Barros: “A decisão liminar apenas determinou a suspensão de todos os processos em curso que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas. Isto é, não determinou, de pronto, o “expurgo da ultratividade das normas coletivas do trabalho”, como alega a impetrante” (STF – MS 35.640. Rel. Min. Roberto Barroso – Decisão monocrática – DJE 81, divulgado em 25/4/2018).

"Com a decisão liminar nos autos da ADPF 323, no dia 14/10/2016, foi determinada a suspensão de todos os processos e efeitos de decisões na Justiça do Trabalho em que discutida a aplicação da ultratividade"

Nota-se que a liminar concedida traz certo alívio às empresas para que possam se organizar e estudar os seus eventuais passivos caso a medida liminar em questão não seja referendada, mas não resolve o principal problema que há muito tempo vem se debatendo no tocante à limitação do poder normativo e à interferência do judiciário nas relações sindicais.



JORNADA 12 X 36

Mayra de Souza Borges

A questão da aplicação da jornada em sistema de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso sempre apresentou viés controvertido. Isto porque a Constituição Federal é clara ao prever que a jornada de trabalho terá duração máxima de 08 horas diárias. Há ressalvas, todavia.

A controvérsia foi pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho, com a edição da Súmula nº 444, que prevê a possibilidade de adoção da jornada de 12x36, desde que cumpridos os seguintes requisitos: existência de previsão legal ou de norma coletiva, bem como remuneração dobrada do trabalho em feriados. Importa considerar, ainda, que para validade da referida jornada é imprescindível a concessão do intervalo para refeição e descanso de 01 hora. Caso contrário, a hora

intervalar poderá vir a ser considerada hora extra, levando à invalidação da jornada 12x36, nos termos do previsto pela Súmula nº 85, TST.

A partir da vigência da Lei nº 13.467/17, foi instituída nova modalidade de pactuação da jornada 12x36, qual seja, a previsão em acordo individual de trabalho, nos termos do artigo 59-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. O referido artigo, em seu parágrafo único, permite, ainda, o labor em feriados, sem que se faça necessário o pagamento dobrado ou a compensação do dia trabalhado, por meio de concessão de folga.

Importa ter em conta que os Tribunais Regionais do Trabalho têm decidido de maneira favorável à jornada 12x36, mesmo antes das alterações insertas pela Lei nº 13.467/17, por adotarem entendimento de que tal jornada é benéfica ao trabalhador, por exemplo, a decisão proferida nos autos do Processo nº 0100801520185010482 – TRT-1.

Assim sendo, tem-se que as novas disposições legais levaram à invalidação parcial da Súmula nº 444, TST. Será necessária, portanto, modulação dos efeitos de sua aplicação, bem como revisão por parte da Corte Trabalhista, relativamente às previsões que se apresentam em oposição ao ora previsto em legislação, a fim de não ferir o disposto no artigo 8º, §2º, da CLT.

No mais, é de se ter em conta que existente Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 5994, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, junto ao Supremo Tribunal Federal.

A CNTS suscita a inconstitucionalidade do trecho do artigo 59-A, da CLT, que permite o estabelecimento da jornada 12x36 por meio de acordo individual de trabalho, sob fundamento de que tal previsão legal afrontaria o disposto nos incisos do artigo 7º, da CRFB, que determinam no sentido de que eventuais alterações na jornada de trabalho devam ser feitas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Além disso, afirma por preocupante a generalização dessa espécie de jornada de trabalho, referindo que esta deva restringir-se às categorias cuja natureza do trabalho justifique tal medida, ou seja, de maneira excepcional, apenas.

A ADI 5994 é relatada pelo Ministro Marco Aurélio Mello. Desde 11 de outubro de 2018, os autos do processo permanecem com a Procuradoria Geral da República, para vistas. Não há, até o momento, designação de data para julgamento, todavia.

Pode-se, entretanto, vislumbrar o caminho a ser trilhado pela Corte constitucional, tomando como parâmetro o julgamento da ADI nº 4845, em que o STF julgou a constitucionalidade do artigo 5º, da Lei do Bombeiro Civil (Lei nº 11.901/09), que prevê o

estabelecimento de jornadas de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso para tal categoria.

Nos termos de notícia veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, “por nove votos a dois, os ministros julgaram improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4842, por entenderem que a norma não viola preceitos constitucionais, pois, além de não ser lesiva à sua saúde ou a regras de medicina e segurança do trabalho, é mais favorável ao trabalhador.”. Atente-se para a ementa do julgado:

- 1. A jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, pois encontra-se respaldada na faculdade, conferida pela norma constitucional, de compensação de horários.*
- 2. A proteção à saúde do trabalhador (art. 196 da CRFB) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB) não são “ipso facto” desrespeitadas pela jornada de trabalho dos bombeiros civis, tendo em vista que para cada 12 (doze) horas trabalhadas há 36 (trinta e seis) horas de descanso e também prevalece o limite de 36 (trinta e seis) horas de jornada semanal.*
- 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”*

ADI nº 4842, Relator: Ministro Edson Fachin, Publicação: 08/08/2017.

Dessa forma, é de se dizer que são favoráveis os prognósticos a respeito do julgamento da constitucionalidade da nova redação do artigo 59-A, da CLT, conferida pela Lei nº 13.467/17.



TARIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Lizandra Cristina Morandi

A Lei n. 13.467/2017 em seus artigos 223-A a 223-G, elencou parâmetros para fixação de indenização por danos morais decorrentes da relação de emprego. Contudo, antes de adentrarmos propriamente nas mudanças trazidas pela novel legislação, necessário tecer breves considerações acerca do instituto.

O dano moral se caracteriza com o dever de reparação a um bem jurídico violado atrelado aos direitos da personalidade - artigo 5º, V e X da Constituição Federal e artigos 12, 186, 187, 927 e 944 do Código Civil. Por sua vez, a proteção aos direitos de personalidade é imprescindível para a garantia do direito fundamental da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, III da Constituição Federal. Portanto, no patrimônio moral há uma vasta gama de bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Será devida à compensação ao dano moral quando da ocorrência de ato ilícito, configurado pelo dolo ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia) do agente infrator, o nexo causal e o dano. Desse modo, temos que a natureza jurídica do instituto é de ordem imaterial ou extrapatrimonial e de compensação ao abalo sofrido pelo ofendido.

Na esfera trabalhista, a importância do instituto foi realçada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que incluiu o artigo 114, VI, da Constituição Federal cuja redação se reproduz: “Compete à justiça do trabalho processar e julgar: VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.”

Como dito inicialmente, a Lei n. 13.467/2017 em seus artigos 223-A a 223-G, fixou parâmetros de indenização por dano moral ou dano extrapatrimonial – conforme conceituação da CLT - decorrentes da relação de emprego, tanto em relação a taxatividade dos bens

suscetíveis de reparação (artigos 223-A; 223-C e 223-D), quanto aos tetos de valores de indenização (Artigo 223-G, § 1o, I a IV).

Em relação aos bens suscetíveis de reparação, buscou o legislador proteger tanto a pessoa física quanto a jurídica. No caso da pessoa física, o artigo 223-C prevê que a ofensa honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são passíveis de indenização. Quanto aos bens inerentes à pessoa jurídica, figuram a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência – artigo 223-D.

Inúmeras são as críticas ao rol taxativo, com farto entendimento jurisprudencial acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos face do princípio da ampla tutela da dignidade da pessoa humana - artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, V e X, §2º, 7º, caput da Constituição Federal. Em breve síntese, tratando-se de direitos inerentes ao princípio da dignidade humana, não poderiam ser regulados de maneira taxativa.

No entanto, o artigo tido por mais controverso é o 223-G, §1º, I a IV da CLT. Nele, foram fixados tetos de indenização pautados na natureza da ofensa e no salário contratual do ofendido, vejamos:

§ 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.

Uma das principais críticas lançadas ao dispositivo diz respeito a violação ao Princípio da Isonomia – artigo 5º da CF, haja vista que a indenização decorrente de um mesmo dano moral se tornaria passível de valoração diferente em razão do salário de cada ofendido.

Seguindo-se os parâmetros impostos pela Lei, o valor da indenização pela morte de um empregado que ganha um salário mínimo seria diametralmente inferior àquela percebida pela mesma ofensa ao bem jurídico tutelado – no caso a vida - de um empregado que recebe R\$ 10.000,00.

Cabe destacar que com a criação da MP 808/2017, a base de cálculo para fins indenizatórios passou a ser o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, o que encerraria a problemática acima exposta. No entanto, após a perda da sua eficácia ocorrida em 22.04.2018, a redação original da Lei 13.467/2017 foi mantida, ou seja, o salário contratual do empregado voltou a vigorar como base de cálculo das indenizações.

Outra crítica se refere a afronta ao princípio da reparação integral do dano moral. A limitação dos valores indenizatórios poderiam vir a inibir o efeito pedagógico-punitivo da reparação do dano moral, além do ofendido na esfera trabalhista não possuir tratamento igualitário ao indivíduo que busca reparação em outra esfera - incompatibilidade com os artigos 944 do Código Civil e com o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, as regras de tariffação impostas pela Norma Celetistas se tornaram objeto de questionamento no STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5870, com pedido de medida cautelar ajuizada pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), requerendo a declaração

de inconstitucionalidade do artigo 223-G-§1º-I-II-III-IV da Lei 13.467/ 2017, ou a outorga de interpretação conforme a Constituição ao dispositivo. Alega-se ainda ofensa aos artigos 5º-V-X, 7º-XXVIII, 170-VI e 225-§3º da Constituição Federal.

Os principais fundamentos invocados se referem: a impossibilidade da lei impor limites ao Poder Judiciário quanto à fixação de valor de indenização por dano extrapatrimonial, o que implicaria na restrição ao exercício da jurisdição; os artigos 5º-V-X e 7º-XXVIII da Constituição asseguram tratamento especial ao instituto da reparação de prejuízo extrapatrimonial e garantem indenização ampla e irrestrita de dano decorrente da relação de trabalho; e os artigos 170-VI e 225-§3º da Constituição Federal reforçam a noção de obrigatoriedade de proteção do meio ambiente de trabalho e de reparação de danos causados no âmbito trabalhista.

À ADI 5870 foram apensadas as ADIs n. 6.069, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, e a 6082, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Nacional na Indústria – CNTI, em razão da identidade total de objetos, além da ADI 6069, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB.

É oportuno mencionar que em 19.12.2018 foi protocolizado parecer da PGR requerendo a procedência do pedido com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 223-G, § 1º, I a IV da CLT e, por arrastamento, também sugere a declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 2º e 3º do artigo 223-G e artigos 223-A e 223-C da CLT.

Face a relevância da matéria e seu significado para a ordem social e segurança jurídica, o Ministro Gilmar Mendes, relator do

processo, adotou o rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999, que permite o julgamento da ação em definitivo, ou seja, sem a apreciação da medida cautelar.

De todo modo, há uma certa previsibilidade no deslinde da ação. Anterior à lei da reforma, já houve uma frustrada tentativa do legislador em tarifar o dano moral na Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) - tal argumento também foi citado na ADI 5870.

Nesse sentido, a Súmula 281 do STJ já assinalava que "a indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa".

"A tendência é a de que o STF declare a inconstitucionalidade do artigo 223-G, §1º, I a IV da CLT"

O STF já contava com diversos precedentes no sentido da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, até que houve pronunciamento definitivo na ADPF 130/09 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), no sentido da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal, justamente em relação à tarificação por danos morais prevista nos artigos 51 e 52. Pelo entendimento da Corte, qualquer tentativa de tarificação prevista em lei ordinária seria inconstitucional por ofensa ao artigo 5º, V e X,

Embora a ADI 5870 não invoque exatamente os mesmos fundamentos que levaram a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, excetuada a possibilidade de o STF contrariar os seus próprios precedentes, a tendência é que se declare a inconstitucionalidade do artigo 223-G, §1º, I a IV da CLT.



TRABALHO INTERMITENTE

Andrea Sato

Com a vigência da lei 13.467/17, instituiu-se um novo tipo de contrato de trabalho, conhecido como trabalho intermitente, em que o trabalhador presta serviço de forma descontinuada, isto é, com alternância de períodos de prestação de serviços e inatividade, como consta no art. 443 § 3º da reformada CLT. Há, entretanto, uma grande discussão sobre a constitucionalidade do modelo de contratação, com quatro ações Diretas de Inconstitucionalidade pendentes de julgamento junto ao STF.

Os que sustentam a inconstitucionalidade do regime de trabalho intermitente defendem que a nova forma de trabalho visa apenas o favorecimento da atividade empresarial em detrimento do trabalhador, o que leva ao enfraquecimento de uma relação já tida por não isonômica mediante a supressão de direitos.

Para essa vertente, o trabalhador será colocado em situação condicional, disponível e instável, sem segurança e garantia de recebimento do salário mínimo legal. Criar-se-á uma situação de instabilidade semelhante a informalidade, apesar da existência de um vínculo formal, posto que a legislação não impõe uma quantidade mínima de horas a serem trabalhadas na semana, assim como não garante o recebimento de uma paga mínima mensal. O trabalhador se verá atrelado à situação de espera por uma futura – e incerta – convocação, vindo a receber apenas pelo serviço prestado.

Na ADI 5950, a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio aduziu que o novo modelo coloca o trabalhador à disposição do empregador e recebendo tão somente pelo período efetivamente trabalhado, contrariando o previsto no artigo 4º da CLT, levando à “precarização do emprego”, com redução de direitos sociais

como a da Melhoria da Condição Social do Trabalhador, do Salário Mínimo, da Função Social do Trabalho, entre outros. Mesmo a saúde dos trabalhadores estará em risco, tendo em vista que não há impedimento para jornadas de trabalho longas, exaustivas e que poderão inclusive ser compensadas através de banco de horas.

Se por um lado há uma discussão sobre a instabilidade da condição do empregado, por outro há de se ponderar sobre a possibilidade de uma grande parcela de trabalhadores sair da informalidade, como já vem acontecendo, com garantia a um contrato formal e direitos previstos na CLT, como férias e FGTS. Nesse sentido, pesquisas revelam que o trabalho intermitente cresceu em 2018, gerando mais de 50 mil postos de trabalho.

Em favor da constitucionalidade da inovação jurídica, a Procuradora-geral da República, Raquel Dodge ponderou que “Não há falar, assim, em fragilização das relações de emprego ou em ofensa ao princípio do retrocesso, considerando que, como visto, a inovação pode resultar em oportunidades e benefícios para ambas as partes envolvidas no vínculo de trabalho. Contrariedade à Constituição verificar-se-ia, de fato, se não existisse proporcionalidade entre o salário mínimo previsto para a contratação usual e a remuneração estabelecida para o contrato intermitente. Neste aspecto, porém, concebeu-se um modelo em que o benefício da relação de emprego habitual é devido proporcionalmente ao período de tempo prestado na condição intermitente.”

Analisando um caso concreto, o TRT de MG, nos autos do processo 0010454-06.2018.5.03.0097, decidiu pela constitucionalidade e legalidade da contratação, desde que observados os requisitos legais. Confira-se:

"Entendo, data vênua, não existir inconstitucionalidade na previsão do contrato intermitente (...) o trabalhador intermitente precede aos demais sem vínculo de emprego, retirando do mercado informal aqueles trabalhadores que faziam os chamados "bicos", como, por exemplo, o "chapa". No aspecto formal, não verifico qualquer irregularidade na contratação do reclamante. A pactuação foi feita por escrito, com qualificação das partes, valor hora a ser pago superior ao salário mínimo legal, não havendo na inicial sequer alegação de valor ajustado inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerciam a mesma função e, por fim, com previsão do local e prazo para pagamento."

Bem da verdade, e desde que corretamente empregado, o trabalho intermitente encontra-se apto a figurar como um meio de regular a situação da informalidade, de gerar vantagens ao trabalhador e redução de custos ao empregador, não implicando em supressão de direitos. Muito pelo contrário. O regime tende a regular a situação informal na qual milhares de trabalhadores se sujeitam há anos, sem quaisquer direitos trabalhistas, acentuada por uma condição social imposta ao país por uma crise econômica sem precedentes.

De toda a forma, esse tipo de contratação se mantém em situação de insegurança, sem jurisprudência consolidada, cabendo ao STF decidir sobre as ADI's que envolvem o tema.



NEGOCIADO X LEGISLADO

Juarez C. de Almeida Prado Filho

Por força da própria Constituição Federal, vigora em nosso ordenamento jurídico-laboral o princípio da prevalência da negociação coletiva. Ainda assim, questionamentos relacionados à validade e/ou alcance desses pactos, sobretudo quando convencionada a limitação ou restrição de direito trabalhista, são frequentes junto à Justiça do Trabalho. Como consequência, vigora um (sempre presente) cenário de insegurança jurídica e enfraquecimento do instituto, e justamente num momento em que a denominada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) elegeu o tema “negociado sobre o legislado” como um de seus pilares.

As Cortes trabalhistas, não raro, invocam o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas para anular cláusulas em benefício



dos trabalhadores, mas mantêm aquelas que representam ônus aos empregadores, impondo um verdadeiro desequilíbrio contratual em desestímulo à própria negociação. Ignoram, outrossim, que tal princípio não se aplica às relações coletivas, para as quais prevalecem os princípios da liberdade sindical e da autonomia privada coletiva.

É verdade que as recentes decisões proferidas pelo TST têm prestigiado a prevalência do negociado sobre o legislado, mas desde que haja especificação de vantagens compensatórias. Ora, até mesmo pela adoção da teoria do conglobamento, já encampada pelo STF, essa explicitação seria desnecessária. Os instrumentos normativos resultantes da negociação coletiva envolvem concessões mútuas, de modo que devem ser analisados em seu conjunto. O único óbice se refere à impossibilidade de a transação suprimir total ou parcialmente direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis, que, grosso modo, podem ser entendidos como

sendo aqueles constitucionalmente assegurados.

Sob esse prisma específico, o debate chegou ao Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria (tema 1.046). Figura como “leading case” o recurso extraordinário com agravo nº 1121633, cuja controvérsia se originou em decisão do TRT da 18ª Região (Goiás), por sua vez referendada pelo TST, que declarou nula cláusula de acordo coletivo de trabalho que dispensa o pagamento de horas extras referentes ao tempo gasto pelo empregado no trajeto até o local de prestação de serviço mediante a utilização de transporte fornecido pelo empregador (horas “in itinere”).

O relator, Ministro Gilmar Mendes, após reconhecer a relevância da matéria e sua transcendência em relação aos interesses subjetivos da causa, tratou de reafirmar a jurisprudência do STF, no sentido de admitir a redução ou limitação de direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva, desde que não constitucionalmente assegurados, e isso independentemente da explicitação de vantagem compensatória. O recurso, entretanto, será submetido a julgamento em Plenário Físico, que está previsto para acontecer ainda em 2019.

A expectativa é a de que o posicionamento do relator prevaleça. Trata-se até mesmo de uma questão de coerência da Corte com a sua própria jurisprudência, vide decisões proferidas nos recursos extraordinários 590.415, que tratou da possibilidade de dação de quitação ampla e irrestrita em planos de dispensa incentivada, e 895.759, que também validou a supressão das horas in itinere por meio de negociação coletiva.

Registre-se, de todo o modo, que se encontra em vigor determinação de suspensão nacional de todos os processos que envolvem debate de idêntico teor até que a Corte Maior venha a fixar tese jurídica sobre a matéria, aspecto que torna o julgamento ainda mais urgente.

"Nesses termos, verifico que a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de reconhecer a validade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, ainda que disponha sobre a redução de direitos trabalhistas. Entretanto, cumpre destacar que a redução ou limitação dos direitos trabalhistas pelos acordos coletivos deve, em qualquer caso, respeito aos direitos absolutamente indisponíveis, constitucionalmente assegurados. Tal ressalva também foi assentada pelo Pleno no julgamento do tema 152 da repercussão geral."

Ministro Gilmar Mendes

ATIVIDADE INSALUBRE E O TRABALHO DA GESTANTE

Millena Luiza Correia Henriques

Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938 para declarar 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 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Os referidos dispositivos, incluídos pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), autorizavam as trabalhadoras gestantes ou lactantes a exercerem atividades insalubres em grau médio ou mínimo, exceto se apresentado atestado médico que indicasse o afastamento.

A norma em questão já se encontrava suspensa desde o dia 30 de abril de 2019 por liminar conferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, que também aplicou rito abreviado a ação.

Em seu voto, o Ministro destacou que “A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido”. Ponderou, ainda, que a proteção da trabalhadora gestante ou lactante ao ambiente insalubre trata-se de importante direito social protetivo, haja vista que a norma resguarda não só a mulher como também visa integral proteção ao recém-nascido, tendo a alteração trazida pela Reforma Trabalhista ferido direito de dupla titularidade.

O argumento de que a procedência da ADI resultaria na retração da participação da mulher no mercado de trabalho foi refutado, lembrando o Ministro que a Constituição Federal prevê, no inciso XX do artigo 7^a, a “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” e que eventuais discriminações deverão ser punidas conforme a lei.

“A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido”

O STF interpretou que a decisão não se traduz em ônus excessivo ao empregador, considerando que o parágrafo segundo do artigo 394-A estabelece a compensação do valor pago a título de adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, observado o disposto no artigo 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.

Vale lembrar que não sendo possível alocar a gestante ou lactante em atividade salubre, deverá ser a gestação considerada de risco, percebendo a trabalhadora salário maternidade por todo período de afastamento, nos termos da Lei nº 8.213/91.





RUY DE MELLO MILLER



ADVOCACIA

Desde 1961



[linkedin.com/in/juarezcarnargo](https://www.linkedin.com/in/juarezcarnargo)

[linkedin.com/company/advrmm](https://www.linkedin.com/company/advrmm)