

E AGORA, JOSÉ? A “REFORMA” TRABALHISTA DIANTE DA ORDEM CONSTITUCIONAL

A “reforma” trabalhista, aprovada dia 11 pelo Senado Federal, [já foi sancionada no último dia 13](#), por Michel Temer. Sabíamos da pressa, desde o início. Assim como sabíamos que Temer não cumpriria a promessa de vetar dispositivos do texto legal, argumento na medida para aparentar ter seduzido senadores que posavam de indecisos. Precisamos admitir, porém, que não é hora para ingenuidades. Essa é também a razão pela qual não devemos crer que a edição de uma medida provisória possa alterar a radicalidade das mudanças contidas na [Lei 13.467](#).

É interessante observar o discurso daquele que ocupa hoje o cargo de Presidente da República. Ao vangloriar-se da paternidade da nova lei, Temer pretende obscurecer um fato que não passa despercebido por aqueles que lidam [diariamente com o Direito do Trabalho](#). Boa parte do texto da chamada “reforma” não é senão a cópia do que há de pior em súmulas do TST ou em entendimentos minoritários já professados no âmbito das relações de trabalho judicializadas. Em alguns pontos, é verdade, a Lei 13.467 vai além, disciplinando maldades que não seriam compreendidas, senão no contexto da ânsia devoradora do capital sobre o trabalho.

“Tudo isso faz perceber que o problema dessa lei não é pontual, é visceral e sobretudo simbólico. Trata-se de uma deliberada vontade de promover a maior destruição de direitos sociais trabalhistas que já experimentamos por aqui”.

Essa vontade, entretanto, se concretizará apenas e na medida em que o permitirem aqueles que lidam diariamente com as questões trabalhistas.

Em razão da velocidade com que tramitou o [PLC 38](#), é apenas agora, infelizmente, que a maioria das pessoas terá efetivo contato com a integralidade do texto proposto. De posse das alterações promovidas na CLT, dificilmente estarão imunes à sensação de revolta, tamanha a intensidade do desmanche que ali se pretende promover. Terão, então, a oportunidade histórica de assumir posição diante dessa [tentativa do capital](#), de solapar e tornar inócuo o Direito do Trabalho.

Vejamos alguns exemplos. O artigo 452-A, acerca do trabalho intermitente, estabelece direito às férias... Sem remuneração! Pretende permitir que o trabalhador receba valor inferior ao mínimo legal e perca o direito aos repousos semanais remunerados, sem falar na concorrência que essa modalidade de contratação gera entre os empregados e na precarização que provoca, inclusive no que tange ao custeio do sistema de seguridade social.

Pois bem, se examinado à luz da Constituição e da legislação vigente, o trabalho intermitente terá que ser considerado válido apenas para

atividades que exijam tal intermitência. Além disso, deverá respeitar a remuneração mínima prevista na Constituição, o direito os repousos remunerados e às férias, que se caracterizam como descanso de pelo menos 30 dias, com remuneração acrescida de 1/3 do salário.

Na alteração do art. 8º há determinação de que juízes do trabalho examinem os litígios com base na lógica do Código Civil e na “mínima intervenção na vontade coletiva”, o que certamente busca atingir a espinha dorsal do Direito do Trabalho. Esquecem, porém, os defensores do desmanche, que o Direito Civil está pautado pela noção de função social do contrato e da propriedade, e pelas cláusulas gerais de abuso do direito e boa fé objetiva, que irão contaminar o olhar os intérpretes da nova legislação, justamente porque encontram correspondência na noção de proteção que inspira e justifica o Direito do Trabalho.

A autorização para trabalhar por doze horas consecutivas, que pode ser estabelecida em acordo individual, com supressão do intervalo para repouso e alimentação, sem necessidade de licença se o trabalho for insalubre, de acordo com a nova lei, também afronta a literalidade da Constituição. Nesse caso, não há salvação para a norma. Seu exame, à luz da Constituição vigente, implicará evidente avanço no trato das questões trabalhistas, pois já faz algum tempo que essa aberração vem sendo tolerada e mesmo incentivada pela jurisprudência majoritária do próprio Judiciário Trabalhista. Agora, inserida em texto legal, merecerá exame sob a perspectiva do confronto axiológico com os termos da Constituição e não resistirá à literalidade do artigo sétimo.

O texto da Lei 13.467 ainda fala em acordo tácito para compensação de jornada que, se desrespeitado pela prática habitual de horas extras, não ensejará o pagamento dessas horas, mas apenas do adicional. Mais um dos legados extraídos das súmulas flexibilizadoras do TST e que, agora, terá a possibilidade concreta de ser examinado e afastado do ordenamento jurídico, a partir da teoria da hierarquia dinâmica das fontes formais.

É bom que se diga, pois parece que esquecemos disso já há algum tempo, que a prestação habitual de horas extras é uma contradição em si. Horas extraordinárias não podem ser habituais. Sendo habituais, não são extras, são parte integrante da jornada. E assim sendo, não podem superar o limite constitucional de 8h.

Pela nova lei, o trabalhador em regime de teletrabalho perde o direito à aplicação de todas as normas de duração do trabalho, outra inconstitucionalidade evidente, na medida em que lei ordinária não pode simplesmente estabelecer que a Constituição não vale para determinadas categorias ou para determinadas condições de trabalho. Eis que temos aí outra boa oportunidade de fixar a correta interpretação constitucional da legislação do trabalho. Não nos esqueçamos que o

principal argumento dos defensores da “reforma” tem sido a afirmação insistente de que essa lei não suprime direitos fundamentais.

Nesse ponto, fica patente a falácia dessa suposição, haja vista o imperativo de reconhecer a completa incompatibilidade do art. 62 da CLT com os termos da Constituição da República, que garante a todos, sem exceção, a limitação da jornada e o pagamento da remuneração adicional pelos excessos, sem diferenciar trabalho executado dentro ou fora da sede da empregadora, com ou sem *fidúcia especial*.

O mesmo acontece em relação à previsão de que o trabalhador em teletrabalho deve ajustar, por meio de negociação coletiva, quem suportará os custos de seu trabalho. Pois bem, essa norma, examinada de forma sistemática, terá que ser compatibilizada com a redação do artigo segundo, que se mantém, de acordo com a qual é o empregador quem arca com os riscos do negócio e detém (portanto, fornece) os meios de produção. O ajuste, para ser válido, não poderá desrespeitar essa norma.

A tarifação do dano moral, fixando o máximo de até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido, oficializa a discriminação que o artigo 5º da Constituição expressamente veda, pois permite que dois trabalhadores sujeitos a um mesmo dano sejam ressarcidos em valores diversos, de acordo com o salário que percebem na empresa, como se a saúde ou a vida fossem medidas pelo valor da remuneração. Logo, no exame do caso concreto, não resistirão à aplicação da norma que expressa o princípio da não discriminação, diretamente relacionado à proteção que informa e justifica o Direito do Trabalho.

A alteração do § 2º do art. 58 da CLT, supostamente endereçada a extinguir o direito às horas *in itinere*, em realidade trata do *“tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador”*, para o fim de estabelecer que esse tempo *“não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador”*.

Ora, essa já era a regra geral. Nada há, portanto, que impeça o reconhecimento das horas à disposição (sobretudo em razão dos termos do art. 4º da CLT, pois ali estão excetuadas somente as circunstâncias em que o trabalhador “por escolha própria”...) quando o empregado estiver em transporte oferecido pelo empregador, em razão da inexistência de outro modo para a sua locomoção entre a casa e o ambiente de trabalho.

A Lei 13.467 obriga a mulher gestante ou lactante a levar atestado médico para a empresa, a fim de que seja afastada do ambiente insalubre de trabalho, revelando, por via contrária, uma tentativa de

autorização para que haja trabalho com dano efetivo para a trabalhadora e para o bebê. Entretanto, se atentarmos para a norma constitucional que determina a redução dos riscos à saúde dos trabalhadores e trabalhadoras, não será difícil concluir que um tal atestado médico será insuficiente para que essa exposição ao dano seja considerada lícita.

A lei determina, ainda, que os intervalos para amamentação sejam definidos em acordo individual com o empregador. Nesse caso, o acordo só será constitucionalmente válido se preservar o direito, pois do contrário estaria afrontando tanto as normas constitucionais que preservam a família e a criança, quanto a própria disposição da CLT, quando garante tais intervalos à lactante.

Convém invocar, ainda, a explícita enumeração exaustiva operada pela Constituição, das hipóteses de flexibilização de jornadas e horários de trabalho, com as exigências que lhe são inerentes, o que bloqueia, interpretativamente falando, que a legislação infraconstitucional expanda tais limites.

A Lei 13.467 altera o prazo para receber as verbas resilitórias, permite a redução pela metade do pagamento da rescisão quando houver “acordo” para a dispensa, equipara dispensa individual e coletiva, além de prever quitação geral do contrato em planos de demissão voluntária ou mesmo durante o curso do vínculo de emprego, ao final de cada ano de contrato. Ora, essas normas também precisarão passar pelo filtro constitucional, convencional e da própria CLT, especialmente se considerarmos a plena vigência do artigo nono que, curiosamente, salvou-se do ataque promovido contra os direitos trabalhistas, por essa legislação ordinária.

Pela nova lei, o sindicato não perde apenas a contribuição sindical, perde também a possibilidade de intervir de modo adequado nas relações de trabalho, pressionando o capital para obter melhores condições do que aquelas previstas em lei. Pelos termos do novo art. 611A, até mesmo o grau de insalubridade a que está sujeito o trabalhador poderá ser negociado.

Ora, basta que os sindicatos não capitulem diante dessas propostas de “negociação” e, se o fizerem, certamente não haverá como sustentar conclusão diversa daquela exigida pela própria CLT, qual seja, de que a existência e o grau de insalubridade, por exemplo, constituem questões técnicas, que precisam ser aferidas por um profissional habilitado a tanto, ou de que registro de horário é “obrigação” do empregador com mais de dez empregados (art. 74) e assim por diante.

O parágrafo único do art. 611B é uma pérola venenosa, a culminância ideológica de uma lei vergonhosa. Refere que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”. É evidente que uma lei ordinária não

pode estabelecer que o dia vira noite ou que água é vinho. Essa norma, portanto, está fadada à chicana, tal como aquela inserta no art. 442B, que pretende legitimar a figura de um trabalhador autônomo que preste serviços com exclusividade e mediante subordinação. O conceito de empregado e de empregador, e bem assim de saúde e segurança do trabalho, se mantêm hígido, tanto na CLT, quanto na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil é parte.

Vale lembrar que jornada é exatamente a medida do tempo que, na relação de trabalho, é trocado por dinheiro. Os limites constitucionais para a exploração do tempo de vida no ambiente de trabalho não constituem normas contratuais. Estabelecem, na realidade, parâmetros para a vida em sociedade, sob pena de retornarmos à barbárie do século XIX, em que homens, mulheres e crianças trabalhavam doze ou até mesmo quinze horas por dia, sem folga semanal.

O descanso semanal, assim como a observância do limite de horas de trabalho por dia, constitui condição de possibilidade do convívio familiar e social. Sua inobservância, portanto, compromete não apenas a higidez física e mental do trabalhador, mas a sua possibilidade de *ser-no-mundo*, sua capacidade de interagir na comunidade em que está inserido, de ter momentos de lazer, de ler, ir ao cinema, conviver com seus filhos e amigos. Compromete-lhe, portanto, a própria existência.

Daí que a jurisprudência tem, inclusive, reconhecido o direito à indenização por dano existencial, em hipóteses de extensão da jornada para além de tais parâmetros. Não pode a lei ordinária simplesmente negar o caráter fundamental de proteção à saúde, de que se revestem as normas acerca da limitação da jornada, porque enfrentará um arcabouço de normas e de doutrina, que indicam em sentido diametralmente contrário.

No âmbito processual, o art. 790-B estabelece que a “responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, *ainda que beneficiária da justiça gratuita*”. No mesmo sentido, estabelece a sucumbência recíproca, dispondo no art. 791A que “vencido o beneficiário da justiça gratuita, *desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade”. Aplicar esses dispositivos implicaria negar verdadeira gratuidade da justiça para o trabalhador. Pior, representa a entronização de paradoxos de ordem lógica, infensos à aplicação do direito.

Ocorre, ademais, que a Lei 1.060, que disciplina a assistência judiciária gratuita, não foi revogada e estabelece que “os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”(art. 9º). Novamente, serão os interpretes aplicadores dessa lei nefasta que terão o desafio

de compatibilizá-la com a ordem jurídica vigente, a partir do pressuposto da proteção que – recordemos – os defensores da “reforma” insistem em dizer que não foi afetado pelo texto da Lei 13.467.

Portanto, essa norma, assim como aquela do art. 844, que estabelece o pagamento das custas de processo arquivado pela ausência do reclamante à audiência como condição para o ajuizamento de nova demanda, não resistem à legislação vigente, na medida em que contrariam não apenas norma ordinária, mas também o direito fundamental de acesso à justiça previsto tanto no art. 5º, quanto no inciso XXIX do art. 7º da Constituição.

Esses são apenas alguns exemplos que revelam, de plano, duas coisas. Primeiro, que a lei em relação a qual Temer reivindica uma paternidade fajuta e constrangedora é ruim do começo ao fim. Nenhuma medida provisória conseguiria arrumar o estrago que essa lei pretende provocar nas relações materiais e processuais de trabalho. Daqui há exíguos 120 dias, se nada for feito, teremos um código empresarial em lugar da CLT.

O mais importante, porém, é a segunda revelação

A lei pode ser combatida com certa facilidade, desde a perspectiva de seus defensores. Basta assumirmos o pressuposto, tantas vezes utilizado em todos os discursos que a defendem, de que a Lei 13.467 não retira direitos nem afronta a Constituição de 1988, para percebermos que estamos autorizados – ou mesmo desafiados – a aplicá-la a partir de um filtro constitucional, legal e convencional.

Fazendo-o, não apenas anularemos o grave potencial lesivo que ela contém, mas também reforçaremos a base constitucional do discurso trabalhista que, é preciso admitir, estava um tanto comalida por uma lógica flexibilizadora que já se havia entranhado na Justiça do Trabalho já há algum tempo.

Diante da inquietação de todos aqueles que lutaram contra a aprovação do PLC 38 e que hoje questionam o que fazer diante de um texto tão ruim, parece-me que pelo menos duas medidas são necessárias.

Precisamos revelar o caráter nocivo dessa legislação promulgada por um governo ilegítimo, batalhando em todas as instâncias possíveis para que a Lei 13.467 seja revogada, extirpada definitivamente do ordenamento jurídico.

E, para além da necessária atividade doutrinária de demonstração da completa impossibilidade de harmonizar esse código empresarial com os termos da Constituição de 1988, precisamos reproduzir e fundamentar

uma racionalidade que implique a interpretação dessas regras a partir de um filtro constitucional e convencional.

Para isso, temos os pactos internacionais, as Convenções da OIT, os termos da Constituição e um arcabouço de normas internas, inclusive dentro da CLT, que permitem assumir compromisso com a razão de existência do Direito do Trabalho: a proteção a quem trabalha. Normas como a do art. 2º, 3º, 9º, 10º e 468 da CLT serão fundamentais nesse trabalho de resgate da verdadeira razão pela qual existe o Direito do Trabalho. Em âmbito processual, as normas dos art. 765, 794 e 795 também terão papel de destaque.

Esse trabalho artesanal de reconstrução da proteção no âmbito das relações de trabalho será árduo, porque, como não temos o direito de ser ingênuos em um momento de exceção como o que estamos vivendo, sabemos bem qual é o escopo dessa lei. Haverá, por isso mesmo, muita resistência por parte daqueles que comemoram o desmanche. Essa é, porém, uma tarefa necessária.

E, o que é alentador, pode ser feita a partir do confronto do texto da Lei 13.467 com o ordenamento jurídico já vigente, desvelando, finalmente, o compromisso de cada interprete aplicador do Direito do Trabalho, com a consolidação da ordem constitucional.

(*) Valdete Souto Severo é Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (USP) e RENAPEDTS – Rede Nacional de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho e Previdência Social. Professora, Coordenadora e Diretora da FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS. Juíza do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região.