

Cleber Martins Sales
Marcelo Palma de Brito
Platon Teixeira de Azevedo Neto
Rodrigo Dias da Fonseca

REFORMA TRABALHISTA COMENTADA

MP 808/2017:
ANÁLISE DE TODOS OS ARTIGOS

Coordenador
Rodrigo Dias da Fonseca





Copyright© 2018 by Rodrigo Dias da Fonseca, Cleber Martins Sales,
Marcelo Palma de Brito, Platon Teixeira de Azevedo Neto,

Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL:

Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)	Alexandre Morais da Rosa (UFSC e UNIVALI)
Aline Gostinski (UFSC)	André Karam Trindade (IMED-RS)
Antônio Gavazzoni (UNOESC)	Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)
Aury Lopes Jr. (PUCRS)	Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC)
Eduardo Lamy (UFSC)	Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR)
Juan Carlos Vezzulla (IMAP-PT)	Juarez Tavares (UERJ)
Julio Cesar Marcelino Jr. (UNISUL)	Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)
Marco Aurélio Marrafon (UERJ)	Márcio Staffen (IMED-RS)
Orlando Celso da Silva Neto (UFSC)	Paulo Marcio Cruz (UNIVALI)
Rubens R. R. Casara (IBMEC-RJ)	Rui Cunha Martins (Coimbra-PT)
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED)	Thiago M. Minagé (UNESA/RJ)

R257 Reforma trabalhista comentada MP 808/2017: análise de todos os artigos/ Coordenador Rodrigo Dias da Fonseca. – 1.ed. – Florianópolis : Empório do Direito, 2018. 120p.

Autores: Cleber Martins Sales, Marcelo Palma de Brito, Platon Teixeira de Azevedo Neto, Rodrigo Dias da Fonseca.

ISBN 978-85-9477-141-4

1. Reforma trabalhista – Brasil. 2. Lei. 3. Medida Provisória I. Título.

CDU: 349.2(81)

Elisabete Cândida da Silva
Bibliotecária
CRB 6778/8ª

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito Editora.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch

Rua: Santa Luzia, 100 – sala 610 – CEP 88036-540 – Trindade – Florianópolis/SC
www.emporiiodireito.com.br – editora@emporiiodireito.com.br

Coordenador:
Rodrigo Dias da Fonseca

Cleber Martins Sales
Marcelo Palma de Brito
Platon Teixeira de Azevedo Neto
Rodrigo Dias da Fonseca

REFORMA TRABALHISTA COMENTADA

MP 808/2017:
ANÁLISE DE TODOS OS ARTIGOS



INTRODUÇÃO

Após a edição de nossa obra “Reforma Trabalhista Comentada”, em que analisamos os artigos da Lei nº 13.467/2017, a chamada “Lei da Reforma Trabalhista”, sobreveio a edição da Medida Provisória nº 808/2017, a qual produziu modificações relevantes em diversas disposições daquela lei. Portanto, cabe-nos, em complemento ao teor do livro, tratar igualmente dos preceitos contidos na MP, o que é objeto do presente texto doutrinário.

A Lei nº 13.467/2017 foi aprovada após regular tramitação no Congresso Nacional. Todavia, uma das críticas mais vigorosas que tem recebido se refere ao trâmite muito célere, supostamente incompatível com a magnitude das alterações que veio a produzir na legislação trabalhista. Possivelmente o aspecto mais ilustrativo dessa crítica tenha sido a aprovação sem ressalvas, pelo Senado Federal, do Projeto de Lei tal qual fora encaminhado pela Câmara dos Deputados, com notório intuito de dar imediata vigência às novas normas trabalhistas contidas no PL.

Para alguns, o Senado Federal teria abdicado de sua natural função de casa revisora das leis aprovadas no Parlamento. Seja como for, é cediço que esse cenário resultou de injunções políticas, quiçá censuráveis, porém rotineiras na atividade parlamentar em nosso país. Era sobejamente conhecido o acordo político firmado entre o Poder Executivo, que propôs originalmente o Projeto de Lei da Reforma Trabalhista, e as lideranças do Senado Federal, pelo qual seria editada uma Medida Provisória justamente para alterar algumas disposições aprovadas na Câmara dos Deputados, a fim de atender os anseios de diversos senadores que votaram com o governo. Essas alterações, caso fossem efetuadas pelo próprio Senado Federal, acarretariam o retorno do Projeto para nova votação pela Câmara dos Deputados (CF, art. 65, parágrafo único), o que evidentemente atrasaria a sanção presidencial e a vigência da lei. A própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 808, em seu item 9, faz referência a essa circunstância, *in verbis*:

9. Disto isto, a presente proposta de Medida Provisória tem por objetivo o aprimoramento de dispositivos pontuais, relacionados a aspectos discutidos durante a tramitação do PLC nº 38, de 2017, no Senado Federal. Se, por

um lado, tais aspectos refletem o profundo processo de diálogo e Análise realizado pelo Senado Federal, por outro, esta Casa Legislativa observou a desnecessidade de alteração do projeto no momento de sua tramitação, o que implicaria atrasos desnecessários à eficácia deste importante diploma legal. É neste sentido que, com o *sic* consequência da atuação do Senado Federal, e sem maiores atrasos, aguardamos a entrada em eficácia da Lei nº 13.467, de 2017 em da data de 11 de novembro de 2017.¹

Portanto, era prevista e esperada a Medida Provisória, que teria “por objetivo o aprimoramento de dispositivos pontuais” da Lei nº 13.467/2017.

Com efeito, é irrecusável que algumas disposições da MP 808 tenham sido positivas, caso do preenchimento de vazios normativos relativos ao novel instituto do trabalho intermitente, bem ainda a melhor fixação da base de cálculo para as indenizações por dano extrapatrimonial ou a norma expressa de direito intertemporal direcionada às disposições da Lei da Reforma Trabalhista. Por outro lado, a medida provisória pecou ao produzir uma imensa e desnecessária confusão na redação dos parágrafos do art. 457 da CLT, para ficar num exemplo evidente. Ademais, perdeu-se a oportunidade de corrigir equívocos flagrantes contidos nas disposições da Lei nº 13.467/2017, *v.g.*, a referência tecnicamente descabida a acordo individual *tácito ou escrito* para compensação de jornada no mesmo mês (art. 59, § 6º, da CLT), como se os adjetivos aí fossem contrapostos ou antônimos, ou ainda a referência descabida ao prazo de dez dias para pagamento de verbas rescisórias, *contados a partir do término do contrato*, sem ressalva para os casos de aviso prévio indenizado. Em ambos os casos, remetemos aos comentários e críticas feitos aos referidos dispositivos em nossa obra, ora complementada pelo presente trabalho.

Cabe ainda frisar que a MP nº 808 promoveu grande modificação na regulamentação do trabalho intermitente, promovendo modificação de redação ao art. 452-A da CLT e inserindo os arts. 452-B a 452-H. Dessa maneira, conferiu uma feição mais precisa ao inovador instituto no direito brasileiro, eis que a regulamentação anterior era insuficiente, com lacunas que dificultariam sobremaneira a sua interpretação, causando enorme insegurança jurídica. Por isso, no presente texto trazemos a redação atualizada do art. 443, caput e § 3º, da CLT, que consagra a definição

1. BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. DISPONÍVEL EM: < [HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/_ATO2015-2018/2017/MPV/MPV808.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/MPV/MPV808.htm)>. ACESSO EM: 20 JAN. 2018.

de trabalho intermitente. Embora essa disposição legal não tenha sido alterada pela Medida Provisória, reputamos de bom alvitre a atualização dos comentários a seu respeito, a fim de conferir unidade e coerência à análise do trabalho intermitente.

Resta-nos aguardar a decantação a ser feita pela jurisprudência trabalhista, que decerto consolidará ao longo do tempo a interpretação mais adequada às novas disposições legais, com fito de conferir a almejada segurança jurídica ao ramo juslaboral. O presente trabalho representa nossa modesta contribuição aos debates que serão travados a fim de que se alcance esse desiderato.

Os autores.

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho–CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

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

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

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de 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.

§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73.

§ 2º É facultado às entidades atuantes no setor de saúde estabelecer, por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. (NR)

Comentários:

O regime de doze horas de trabalho, intermediadas por trinta e seis horas de descanso (12X36) é de origem consuetudinária e é largamente utilizado em

certas atividades (vigilância, portaria, enfermagem, etc.). Funda-se evidentemente no suposto de que a maior duração do trabalho seja compensada pelo extenso intervalo interjornada.

O Tribunal Superior do Trabalho admite a validade da jornada 12X36 nos termos de sua Súmula nº 444, vazada nos seguintes termos:

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

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

Note-se, pela redação do verbete sumular, que o entendimento no TST é restritivo em relação à jornada 12X36: valida-a “em caráter excepcional”, estipulada “exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho”.

A Lei nº 13.467/2017 inovou, portanto, ao admitir expressamente o ajuste da jornada 12X36 mediante acordo individual de trabalho. No entanto, com a nova redação conferida ao art. 59-A, caput, da CLT, pela MP 808/2017, retornamos ao estágio anterior, de modo que a estipulação da jornada 12X36 segue dependendo de prévio ajuste coletivo, à exceção dos trabalhadores em entidades do setor de saúde. Para estes apenas, passou-se a admitir também o acordo individual para fins de implantação da jornada 12X36.

A nosso ver, a exigência de negociação coletiva para autorizar a jornada 12X36 é excessiva e inconveniente. Trata-se de um regime de trabalho favorável ao empregado, não apenas matematicamente, mas também por lhe proporcionar maior tempo efetivo para cuidar de seus afazeres. Infelizmente, por dificuldades de ordem econômica e/ou ambição de maiores ganhos, empregados nesse regime obtêm novo emprego durante o intervalo entre um e outro dia de trabalho, pelo mesmo regime e, assim, não é incomum que laborem em dois empregos, doze horas por dia, sem folga semanal. É, naturalmente, um desvio indesejado, porém ilustrativo do quanto essa jornada, em si, é mais benéfica ao empregado.

A propósito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

4.842/DF, o plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal julgou constitucional dispositivo da Lei nº 11.901/2009, que estipulou o sistema 12X36 para o bombeiro civil. O fundamento da ADI foi de que essa jornada de trabalho prolongada implicaria violação ao direito fundamental à saúde do empregado. Nada obstante, entendeu-se que, além de não ser lesiva à saúde, a norma ainda é mais favorável ao trabalhador, tese inclusive encampada pelos sindicatos de categorias profissionais admitidos como *amicus curiae* no julgamento, que se referiram a tal jornada como uma “conquista da classe trabalhadora”.²

Nesse passo, parecia-nos alvissareira a possibilidade, albergada na redação conferida pela Lei n. 13.467/2017 ao art. 59-A da CLT, de ajuste da jornada 12X36 também mediante acordo individual. Todavia, essa possibilidade, como visto, foi afastada, em mal passo dado pela MP 808/2017. Igualmente não atinamos motivo razoável para a distinção em relação aos empregados em empresas do setor de saúde (§ 2º do artigo). Não há lógica em que um hospital, *v.g.*, possa estipular validamente por ajuste individual a jornada 12X36 e se rejeite o mesmo procedimento em relação a uma empresa de segurança privada. É uma distinção artificial e incoerente, mas que, *legem habemus*, deve ser observada, pois foi a opção política do legislador.

O intervalo intrajornada de uma a duas horas (CLT, art. 71, caput) deve ser observado ou indenizado. Essa alteração é importante e adequada, não obstante previsíveis críticas à possibilidade de *indenização* do intervalo.

Ocorre que é preciso ter olhos para a realidade. Nesse regime, são numerosos os trabalhadores que se ativam no período noturno e, por opção própria e imperativo de segurança, preferem passar o intervalo no próprio local de trabalho. Em tese, não haveria problema, pois nada impede que o empregado permaneça ali durante esse curto período de descanso. Todavia, como se sabe, essa situação conduz a um número elevadíssimo de ações trabalhistas em que se questiona a ausência ou a regularidade do intervalo.

Ademais, não raro interessa aos empregados que tal intervalo lhes seja pago, não apenas por questões financeiras, mas porque isso permite, em tese, que deixe o serviço mais cedo. Com efeito, para um empregado é praticamente certo que prefira laborar das 19h às 7h, recebendo a indenização do intervalo não concedido, a trabalhar das 19h às 8h, com uma hora de intervalo, cujo

2. STF JULGA CONSTITUCIONAL JORNADA 12X36 PARA BOMBEIRO CIVIL. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-19/stf-julga-constitucional-jornada-12x36-bombeiro-civil>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

tempo não é computado na duração do trabalho (CLT, art. 71, § 2º). É evidente a vantagem: saindo mais cedo, chega-se em casa antes e assim o descanso posterior a essa longa jornada pode ser feito de forma mais efetiva, lembrando vez mais que o intervalo, durante a madrugada, não costuma ser desejado.

Do ponto de vista do empregador, a conclusão não é outra: em certas atividades (*v.g.*, vigilância ou portaria) em que o empregado trabalha sozinho, não é possível a concessão de intervalo que permita a saída do trabalhador do posto de serviço, salvo mediante a dispendiosa designação de um substituto apenas para cobrir aquela hora de suspensão do trabalho.

Assim, para os casos em que a atividade econômica permitir e o interesse direto dos sujeitos da relação de emprego prevalecer, a concessão do intervalo pode e deve ser feita. Do contrário, esse tempo deve ser indenizado.

E o vocábulo *indenizado*, nesse contexto, tem o mesmo sentido tratado expressamente na nova redação do § 4º do art. 71 da CLT: o pagamento tem natureza indenizatória, e não salarial, aqui superando a disposição da Súmula nº 437, III, do TST. Dessa maneira, o valor do pagamento do intervalo não usufruído deixa de repercutir no cálculo de outras parcelas.

O §1º (antigo parágrafo único do artigo) dispõe que a remuneração, no sistema 12X36, abrange o pagamento dos repousos semanais. Nenhuma novidade nesse ponto: é a transposição da regra geral, prevista no art. 7º, § 2, da Lei nº 605/49, para os empregados mensalistas ou quinzenalistas. A nova disposição celetista não desce a essa minúcia, mas a experiência demonstra que o empregado no regime 12X36 é sempre mensalista.

A abrangência, na remuneração, do pagamento pelo trabalho em feriados igualmente encontra abrigo na última parte do art. 9º da Lei nº 605/49: “Art. 9º Nas atividades em que não for possível, *em virtude das exigências técnicas das empresas*, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, *salvo se o empregador determinar outro dia de folga*.” (destaques nossos). A folga aí referida é aquela entre um e outro dia de trabalho, na jornada 12X36.

Nada obstante, a já referida e transcrita Súmula nº 244 do TST dispõe ser “*assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados*”, entendimento que fica então superado.

Uma ponderação se faz relevante aqui, em benefício da nova disposição legal: após décadas de discriminação, o empregado doméstico teve a maior parte de seus direitos equiparados ao empregado celetista, mediante

a Emenda Constitucional nº 72/2013 e Lei Complementar nº 150/2015. Nesta última, previu-se, *in verbis*:

Art. 10. É facultado às partes, mediante acordo escrito entre essas, estabelecer horário de trabalho de 12 (doze) horas seguidas por 36 (trinta e seis) horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

§ 1º A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o art. 9º da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949.

Como se nota, o parágrafo único do art. 59-A está em estreita sintonia com a lei dos empregados domésticos. Seria um contrassenso que, para estes, na jornada 12X36, o trabalho em feriados já integrasse a remuneração, ao passo que os empregados celetistas tivessem o direito de receber a parcela à parte. Afinal, toda a construção legal, a partir da EC nº 72/2013 deu-se com intuito de buscar a equiparação, que ainda não é integral, entre empregados celetistas e domésticos. Não há sentido, portanto, de um *discrímen* nesse particular.

Por derradeiro, fica também resolvida a dificuldade de aplicação da hora noturna reduzida na prorrogação do trabalho noturno no período diurno (CLT, art. 73, §§ 1º e 5º). Com efeito, ante a regra de que a hora noturna, entre 22h e 5h, fictamente possui 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos (CLT, art. 73, §§ 1º e 2º), teremos necessariamente, nas tradicionais jornadas das 18h às 6h, ou das 19h às 7h, mais de treze horas efetivas de labor. Explicamos: das 19 às 22h, temos três horas de trabalho; das 22h às 5h, outras oito, em razão da redução da hora noturna; e das 5h às 7h, pouco mais de duas horas e quinze minutos, pois, nos termos do art. 73, § 5º, da CLT e Súmula nº 60, II, do TST, também é devido o adicional noturno durante as horas prorrogadas, o que conduz à ilação de que, igualmente nesse interstício temporal, remanesce o direito à hora noturna reduzida. Ora, nessas condições, ainda que o empregador concedesse o intervalo de uma hora, o tempo de trabalho suplantaria as doze horas de trabalho previstas na lei. Portanto, com a nova regra, segundo a qual durante a prorrogação do trabalho noturno no período diurno não se aplica a redução da hora noturna, esse problema fica superado.

Rodrigo Dias da Fonseca

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

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

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.

Comentários:

O dispositivo em análise, agora com as modificações implementadas pela Medida Provisória nº 808/17, evidencia alguns dos bens jurídicos extrapatrimoniais das pessoas físicas integrantes de uma na relação de trabalho tutelados pelas disposições do Título II-A da CLT. A modificação da redação do art. 223-C, realizada na data de 14/11/2017, via medida provisória, acrescentou os bens jurídicos etnia, idade, nacionalidade e substituiu a expressão “sexualidade” por duas outras, quais sejam gênero e orientação sexual. Da análise dos bens jurídicos dispostos no art. 223-C, mesmo com os acréscimos de outros bens jurídicos pela MP nº 808/17, é evidente que tal norma jurídica não tem a pretensão de enclausurar em seus termos todos os direitos da personalidade de um indivíduo trabalhador ou tomador de serviços que podem ser objeto de tutela jurídica. É cediço que também são direitos da personalidade incidentes sobre as relações de trabalho a vida, o trabalho com limitação de sua duração, a igualdade, a liberdade de criação intelectual e de associação sindical ou profissional, entre outros que não estão compreendidos na redação do art. 223-C da CLT, mesmo com a atualização de sua redação via medida provisória. Com relação à não discriminação, muito embora o dispositivo modificado tenha passado a prever a proteção dos bens jurídicos “etnia”, “idade” e “nacionalidade”, é certo que a pessoa física também pode ser discriminada na constância de uma relação de trabalho por suas convicções/opções políticas, filosóficas e religiosas, por exemplo, bens imateriais que não estão previstos expressamente na redação do dispositivo em comento.

Destarte, a relação de bens jurídicos extrapatrimoniais da pessoa física contida no artigo celetista é mera enumeração exemplificativa, que admite a proteção de outros direitos da personalidade que podem ser violados por condutas ilícitas perpetradas no curso de uma relação de trabalho. A

enumeração apresentada é apenas um norte para o intérprete quanto à caracterização dos bens extrapatrimoniais suscetíveis de proteção, e não uma numeração fechada (*numerus clausus*).

Utilizando a classificação adotada por Alexandre Agra Belmonte³, vê-se que o artigo em questão protege várias acepções da personalidade do prestador e do tomador de serviços em razão da existência de uma relação de trabalho. Protege os atributos valorativos da personalidade, ou seja, os que conferem dignidade à pessoa como a honra, nas suas vertentes subjetiva (conceito que o indivíduo tem de si) e objetiva (reputação que a pessoa goza no meio social), e a imagem quanto à utilização indevida e autorizada de sua representação física enquanto prestador ou tomador de serviços. Os bens jurídicos imateriais etnia, idade e nacionalidade também podem ser enquadrados nessa classificação.

Cuida-se ainda dos atributos intelectuais da personalidade, ou seja, aqueles ligados à higidez mental, ao sossego ou à criatividade do ser humano. São exemplos previstos no artigo em comento a proteção à intimidade, a exemplo da preservação da esfera indevassável do trabalhador e do empregador, com a vedação de instalação de câmeras em banheiros da empresa, a proibição de revistas íntimas ou da devassa de e-mails pessoais não corporativos, protegendo-se ainda a autoestima, ou seja, a autoaceitação da pessoa, a postura positiva que ela tem de si mesma. Deve ser mencionado ainda que é resguardado o respeito ao gênero e à orientação sexual, tanto com relação ao empregado como em relação empregador no âmbito das relações de trabalho.

Por fim, o artigo versa sobre a proteção da acepção física ou material da personalidade, ao prever a defesa da saúde e da integridade física, ou seja, da harmonia corporal de trabalhador e do empregador (que pode ser afetada por uma doença ocupacional ou por um acidente de trabalho típico). É garantida a liberdade de ação, ou seja, liberdade de ir, vir, ficar e agir ao prestador e ao tomador de serviços observados os limites contratuais, coibindo-se, por exemplo, o trabalho escravo contemporâneo que priva o indivíduo de sua autodeterminação enquanto cidadão trabalhador. Por fim, o artigo analisado protege a vida de relações e projetos de vida do prestador de serviços através da proteção ao lazer, cujo desrespeito pode ensejar a compensação por danos existenciais.

Marcelo Palma de Brito

3. BELMONTE, Alexandre Agra. Dosimetria do Dano Moral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013.

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

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

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

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

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

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

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

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 223-G.....

§1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga,

a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I – para ofensa de natureza leve – até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;**
- II – para ofensa de natureza média – até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;**
- III – para ofensa de natureza grave – até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou**
- IV – para ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.**

§ 2º

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.

Comentários:

Trata-se provavelmente de um dos dispositivos mais inovadores e, ao mesmo tempo, polêmicos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 13.467/17 e que foi substancialmente modificado pela Medida Provisória nº 808/17. O art. 223-G, caput e parágrafos, da CLT busca estabelecer parâmetros objetivos e seguros para a quantificação da compensação patrimonial pelas lesões a bens e interesses extrapatrimoniais.

O critério utilizado para a definição dos valores a título de compensação por danos extrapatrimoniais tradicionalmente adotado pelo Judiciário brasileiro é o critério aberto, que se opõe ao critério fechado, legal ou tarifado de definição do *quantum debeat* da indenização. Pelo critério aberto, o magistrado trabalhista, antes do advento da Lei nº 13.467/17, analisava as circunstâncias do caso concreto para o arbitramento do valor indenizatório, analisando, no mais das vezes, a natureza da ofensa e do interesse extrapatrimonial lesado, o grau de culpa do ofensor, o comportamento da vítima e a condição econômica e social tanto do ofensor como do ofendido. No entanto, tais circunstâncias não estavam previstas em lei e não era necessário que o julgador as citasse expressamente em sua decisão, muito embora tivesse que

fundamentar a sua condenação por imperativo do art. 93, IX, da CF/88⁴.

O arbitramento realizado levando em conta as circunstâncias do caso concreto é fundado nos critérios da proporcionalidade entre o grau de culpa da ofensa praticada em relação ao sofrimento da vítima e da razoabilidade do valor da indenização, que, segundo art. 944, parágrafo único, do Código Civil⁵, deverá ser reduzida se for desproporcional ao grau de culpa do agente causador do dano.

Muito embora não haja como restituir as partes ao estado anterior à ofensa extrapatrimonial (pois não se trata de ressarcimento de perdas materiais, mas sim de compensação ou consolo à vítima), por mandamento do art. 944, caput, do Código Civil, deverá ser sempre buscada a compensação integral do dano extrapatrimonial através de um valor justo que não seja irrisório e que não sirva de desestímulo ao ofensor, para se evitar a prática de novos atos ilícitos, e que, ao mesmo tempo, não seja excessivo a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa do lesado e a ruína do causador do dano. Em tal sentido, importantes são as palavras de Belmonte ao mencionar que *“a indenização, que não tem caráter retributivo ou reparatório, deve ser integral, de sorte a compensar a ofensa e seus efeitos.”*⁶

No entanto, o critério extremamente aberto e sem parâmetros objetivos seguros que foi adotado, via de regra, pelo ordenamento jurídico nacional revela o inconveniente de existirem algumas decisões judiciais cujos valores das indenizações por danos extrapatrimoniais são definidos sem amparo em critérios objetivos, apenas pelo sentimento do julgador. Em tal sentido, está a opinião de Jorge Marmelstein Lima, ao afirmar que:

E o erro está aí: hoje se arbitra o dano moral no “chute”. É “feeling” puro. Logo, acho que a lei poderia sim fixar os parâmetros objetivos da fixação do dano moral, mas estabelecer um limite talvez não seja proporcional.⁷

Destarte, não são raros os casos em que, para situações de lesões extrapatrimoniais semelhantes, foram arbitrados valores de indenizações distintos, considerando ainda a situação de definição de importes irrisórios, que não

4. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.
5. BRASIL. *Código Civil (2002)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.
6. BELMONTE, Alexandre Agra. Dosimetria do Dano Moral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013.
7. LIMA, Jorge Marmelstein. *Quanto vale a honra? A questão da tarifação do dano moral*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/04/11/quanto-vale-a-honra-a-questao-da-tarifacao-do-dano-moral/>>, 2008. Acesso em: 07 jul. 2017.

possuem aptidão para compensar o lesado e para desestimular novas ofensas, ou, então, arbitramentos astronômicos que importam em ruína do ofensor e em enriquecimento sem causa do lesado, demonstrando que há algumas decisões (de todos os ramos do Judiciário) que possuem caráter “lotérico” quanto à figura da indenização por danos extrapatrimoniais. Deve-se registrar que algumas cortes de justiça, como o Superior Tribunal de Justiça, observada a jurisprudência uniforme de suas turmas, possuem parâmetros de valores quanto às indenizações extrapatrimoniais conforme a ofensa experimentada pela vítima⁸.

O mérito do caput do art. 223-G da CLT está em estabelecer critérios objetivos para que o julgador chegue, de forma segura e fundamentada, a um valor compensatório apto servir de justo consolo à vítima do dano extrapatrimonial e de desestímulo a novas práticas pelo ofensor e de exemplo para a sociedade em geral. O magistrado trabalhista deverá analisar em sua decisão todas as doze circunstâncias previstas no caput do artigo em análise, que poderão servir de agravante ou de atenuante para a quantificação da compensação pecuniária. A presença delas poderá elevar ou reduzir o valor da indenização. É interessante notar que as disposições quanto aos critérios ou parâmetros objetivos de fixação do valor da indenização possuem similaridade com as previsões do art. 53 da Lei nº 5.250/67⁹ (Lei de Imprensa) e dos Projetos de Lei do Senado Federal sobre a temática, o PLS nº 150/99¹⁰ e o PLS nº 334/08¹¹, considerando que este último Projeto de Lei, em seu art. 3º, I, II, III, IV, V e VI, prevê vários critérios adotados pelo novel artigo ora discutido.

Entre vários autores que buscaram definir métodos e critérios seguros para a quantificação do valor das indenizações por danos extrapatrimoniais, está Alexandre Agra Belmonte¹², que em seus escritos busca estabelecer parâmetros objetivos de cálculo das indenizações, estabelecendo valores base, que são majorados ou minorados conforme a existência de critérios agravantes ou atenuantes. Passa-se a analisar os critérios objetivos estabelecidos pelo caput

8. **STJ BUSCA PARÂMETROS PARA UNIFORMIZAR VALORES DE DANOS MORAIS**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao>. Acesso em: 31 ago. 2017; **STJ DEFINE EM QUAIS SITUAÇÕES O DANO MORAL PODE SER PRESUMIDO**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao>. Acesso em: 31 ago. 2017.
9. BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.
10. BRASIL. Senado. *PLS nº 150/1999*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1459>>. Acesso em: 4 set. 2017.
11. BRASIL. Senado. *PLS nº 334/2008*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87299>>. Acesso em: 4 set. 2017.
12. BELMONTE, Alexandre Agra. Dosimetria do Dano Moral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013.

do art. 223-G da CLT.

Na quantificação da compensação pecuniária do dano moral, o juiz do trabalho deverá analisar a natureza e a relevância do bem jurídico afetado (inciso I), ou seja, o grau de importância do bem jurídico extrapatrimonial afetado pela ofensa. A mutilação de um membro em decorrência de um acidente de trabalho é mais grave e merece uma maior compensação que um xingamento isolado sofrido no ambiente de trabalho. Quanto mais importante o bem jurídico lesado, maior será o valor da indenização compensatória. Tal critério é de avaliação objetiva.

O valor da indenização será definido ainda considerando dois critérios subjetivos relevantes previstos nos incisos II e III do caput do art. 223-G da CLT, quais sejam a intensidade do sofrimento ou da humilhação sofridos pela vítima e a possibilidade de superação física ou psicológica. Deverá o magistrado, quando da instrução processual, observar, pelas palavras do próprio ofendido e das testemunhas e da observação das demais provas constantes nos autos, se as consequências psicossomáticas das agressões extrapatrimoniais foram superadas ou se ainda estão em processo de superação, sendo que, evidentemente, o dano superado será indenizado aquém do valor da lesão extrapatrimonial ainda não superada.

Da igual maneira, as provas orais, documentais (*v.g.* relatórios exames de médicos psiquiatras) e até a médico-pericial especializada poderão demonstrar qual foi a intensidade do sofrimento ou da humilhação sofridos pela vítima, demonstrando, se possível for, a “quantidade da dor” experimentada pelo lesado. A prova oral poderá demonstrar que o assédio moral interpessoal sofrido pelo empregado era efetuado durante toda a jornada de trabalho por cinco anos ininterruptos, algo que, a princípio, é muito mais intenso e merece maior compensação em relação ao trabalhador que, de forma acintosa e desrespeitosa, foi ofendido em sua honra e boa fama, mas apenas por uma vez durante todo o seu contrato de trabalho.

Os incisos IV e XII tratam de repercussões internas e externas das ofensas, tomando como parâmetro o ofendido. O primeiro inciso refere-se aos reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, ou seja, o que mudou na vida do ofendido e da comunidade laboral que o cerca após a ocorrência da ofensa. Deve-se perquirir, por exemplo, se o abalo psicológico sofrido no ambiente de trabalho mudou a rotina do prestador ou do tomador de serviços, principalmente se em razão dela desenvolveu distúrbios de saúde, mormente

quanto à saúde mental, e como está a integração do ofendido no ciclo social (laboral ou não) em que está inserido. Quanto mais reflexos negativos na esfera pessoal e social do agredido, maior será a indenização compensatória.

Já o inciso XII refere-se ao grau de publicidade que a ofensa tomou no meio social. Invoca-se o exemplo do empregado que, inadvertidamente e sem qualquer prova de suas alegações, publica em suas redes sociais que a empresa pratica concorrência desleal no mercado ou que emite notas fiscais frias. No caso em exame, o empregado deu um grau maior de publicidade à ofensa, o que deve redundar numa indenização compensatória em valor mais elevado em favor do empregador do que a situação do empregado que propalou as mesmas informações apenas para três ou quatro pessoas de seu convívio social.

Também deverá ser verificada qual é a extensão e a duração dos efeitos da ofensa (inciso V). O critério, conforme lições de Alexandre Agra Belmonte¹³, está relacionado à temporalidade e à permanência dos efeitos da ofensa moral. Se a doença ocupacional pode ser tratada e superada pelo trabalhador adoecido, possuindo pequena extensão que não impede o desenvolvimento de outras atividades laborativas, a indenização por danos extrapatrimoniais deverá ser fixada em valor mais módico em relação às indenizações decorrentes de doenças ocupacionais insuscetíveis de recuperação e que incapacitam totalmente e permanentemente o trabalhador para o exercício de suas funções, como o saturnismo e a silicose, considerando que, neste último caso, a vítima fará jus a uma indenização de valor mais elevado.

O item VI é critério genérico e residual, em que o julgador, para definir o valor da indenização, deverá considerar as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo imaterial. Pode-se perquirir, por exemplo, se a vítima provocou o ofensor ou, então, se houve induzimento ou instigação do ofensor por terceiros, quando o valor da indenização poderá ser menor. Da mesma maneira, se o ofensor agredir a extrapatrimonialidade da pessoa natural ou jurídica por motivo fútil ou torpe, a indenização poderá ser fixada em patamar mais elevado.

Conforme disposto no inciso VII do caput do art. 223-G da CLT, o grau de dolo ou culpa deverá ser determinante para um maior ou menor valor da indenização compensatória. Logicamente, quando o agente age com consciência e querendo ou assumindo o risco de produzir o resultado lesivo, a indenização deverá ser mais elevada do que quando o ofensor age apenas

13. BELMONTE, Alexandre Agra. Dosimetria do Dano Moral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013.

com falta de dever de cuidado objetivo, seja nas modalidades imprudência, negligência ou imperícia. E, mesmo dentro do elemento “culpa *stricto sensu*”, recomenda-se a observação dos graus de culpa grave, média e leve para a determinação do *quantum debeat* da indenização. O critério só é válido, por óbvio, quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva, onde se faz a investigação da existência do elemento anímico, não devendo tal critério ser considerado quando for o caso de responsabilidade civil objetiva, que não trabalha com a ideia de culpa *lato sensu*.

Os incisos VIII e IX do artigo em análise tratam da conduta do ofensor após a ofensa extrapatrimonial na tentativa de se retratar ou de minorar os efeitos de seu ato ilícito.

Se o ofensor realiza a retratação espontânea, no mesmo local ou pelos mesmos meios em que propalou a ofensa, tal fato será, inegavelmente, uma atenuante de peso a reduzir o valor da indenização. Retorna-se ao exemplo do empregado que violou o bom nome da empresa numa rede social e que, espontaneamente, na mesma rede social, retrata-se dizendo que os fatos por ele anteriormente divulgados são inverdades. A indenização será reduzida conforme a eficácia, o meio empregado, a rapidez e o alcance da retratação.

Na mesma esteira está “o esforço efetivo para minimizar a ofensa”, que se trata de uma cláusula de abertura residual atenuante do valor indenizatório. Um exemplo que pode ser invocado é a empresa que presta pronta assistência médica e psicológica ao acidentado do trabalho, circunstância que deverá ser sopesada em seu favor quando da definição do valor indenizatório.

A existência de perdão, tácito ou expresso, refere-se à atitude da vítima perante o ofensor após a ocorrência dos fatos lesivos à extrapatrimonialidade. Não obstante o dano extrapatrimonial já tenha sido consolidado, a vítima releva as agressões sofridas, perdoadando o agressor, tanto de forma expressa, o afirmando frente a testemunhas ou registrando a sua intenção em algum documento escrito, como de forma tácita, voltando a se relacionar cordialmente e de forma amistosa com o prestador ou o tomador de serviços ofensor. Esse perdão poderá ser demonstrado por prova oral (depoimento pessoal e prova testemunhal) ou por meio de documento no qual o ofendido confessa que perdoou o ofensor.

O perdão da vítima será levado em conta como atenuante em favor do ofensor na ocasião do arbitramento de eventual indenização por danos morais. Reconhece-se aqui que é até contraditório, no campo da ética, uma vítima

perdoar o seu agressor e vindicar ou continuar a vindicar a sua condenação em indenizações de índole extrapatrimonial, algo que, porém, não é impossível juridicamente, visto que o fato lesivo foi praticado e os danos já estão consolidados, o que pode gerar a obrigação de indenizar, mas em valor reduzido.

O último critério a ser avaliado é a situação social e econômica das partes envolvidas (inciso XI). A expressão “condição social” deverá ser interpretada de forma mais ampla, a englobar, além do meio social em que estão inseridos o ofendido e o ofensor, as suas condições relativas à formação educacional, política, religiosa e filosófica. Ora, se, por exemplo, o agressor possui uma instrução mais elevada que lhe dê maior ciência da ilicitude de seu ato perante os direitos extrapatrimoniais de terceiros, a indenização deverá ser mais elevada do que a que for fixada em desfavor de um ofensor com nenhuma ou pouca instrução formal que nem mesmo sabia ao certo da extensão gravidade das ofensas perpetradas.

Quanto à condição econômica das partes envolvidas, a sua análise cuidadosa é importantíssima quando da prolação da decisão de mérito pelo julgador. A indenização por danos extrapatrimoniais não deve levar o ofensor à ruína nem deve propiciar à vítima enriquecimento sem causa. Da mesma maneira, ela não deve ser irrisória a ponto de não servir de efeito dissuasório de novos ilícitos pelo ofensor e não compensar o sofrimento da vítima.

Verifica-se a condição econômica do ofensor pessoa física perquirindo se ela está empregada ou desempregada ou se exerce alguma atividade empresarial, profissão liberal, entre outras, e, em caso positivo, pela verificação da remuneração constante nos contracheques ou holerites, enquanto empregado, ou então dos rendimentos enquanto empresário individual, profissional liberal, ou por meio de seus contracheques ou holerites se for um trabalhador que possua empregados domésticos, isso do ponto de vista do empregador. Verifica-se a condição econômica do ofensor ou da pessoa jurídica ofendida por meio da análise do seu capital social e, também, dos balanços patrimoniais e de resultados econômicos. Não existindo maiores informações documentais quanto à capacidade econômica nos autos, a prova oral poderá servir para o desate da questão de forma mais genérica.

A avaliação geral é que o caput do art. 223-G veio em boa hora para fixar parâmetros objetivos que levem o julgador, de forma segura, sólida e fundamentada, a definir de forma justa o valor da compensação por danos extrapatrimoniais, sendo plenamente compatível com a previsão da plena

indenizabilidade constante no art. 5º, V e X, da Constituição Federal¹⁴. O dispositivo analisado contribui para maior segurança jurídica e para a diminuição das chamadas “decisões lotéricas” quanto aos danos extrapatrimoniais.

Outrossim, o § 1º do art. 223-G da CLT, bastante modificado pela MPV nº 808/17, contrariando a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico nacional quanto à adoção do critério aberto de arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, acolheu o critério fechado, mais conhecido como tarifário, de fixação das indenizações por danos morais no campo das relações de trabalho. Até antes da reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/17, o critério adotado para o cálculo das indenizações extrapatrimoniais no âmbito das relações de trabalho era o mesmo adotado pelo direito civil, qual seja o critério do arbitramento por parte do magistrado.

O critério tarifário é aquele que dá pouca ou nenhuma margem de discricionariedade ao julgador, pois a lei, previamente, já define valores ou referências que deverão ser estritamente observados para o cálculo do valor das indenizações por danos extrapatrimoniais. A lei tabela os valores conforme determinados critérios por ela escolhidos. No caso em exame, o § 1º do art. 223-G elegeu o critério da natureza da ofensa, se leve, média, grave ou gravíssima, cabendo ao juiz definir na sentença qual é a natureza da ofensa extrapatrimonial para a observância dos tetos previstos nos incisos do dispositivo em comento.

A nova redação do dispositivo em questão, determinada pela MPV nº 808/17, estabelece que os valores das indenizações serão definidos através da multiplicação do valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social por um numeral que poderá variar até o teto previsto para cada natureza de ofensa. Se a ofensa for leve, o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social deverá ser multiplicado por até três; se for média, tal valor deverá ser multiplicado por até cinco vezes. Tratando-se de ofensas graves, o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social deverá ser multiplicado por até vinte e, por fim, sendo a ofensa gravíssima, o valor do teto de benefício da Previdência Social deverá ser multiplicado por até cinquenta vezes. Para a definição da natureza da ofensa, se leve, média, grave ou gravíssima, pela interpretação conjunta de todas as disposições do art. 223-G da CLT, deverá o julgador

14. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

analisar em sua decisão todos os critérios objetivos previstos no caput do referido artigo e já comentados em linhas anteriores.

O critério tarifário já foi adotado no país por algumas leis esparsas. Uma das leis mais exemplificativas é a Lei nº 5.250/67¹⁵ (Lei de Imprensa), que, nos arts. 51 e 52, estipula valores que variam de dois a vinte salários mínimos por ilícitos praticados por jornalistas e que podem chegar a até dez vezes os valores previstos no art. 51 (ou seja, até 200 salários mínimos) quanto à responsabilização da empresa que explora meios de informação ou divulgação. Também deve ser destacada a Lei de Telecomunicações, Lei nº 4.117/62¹⁶, que estipula valores indenizatórios que variam entre cinco e cem salários mínimos.

Por fim, destaca-se a existência da Lei nº 9.140/95¹⁷, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de atividades políticas entre 1961 e 1979, que, em seu artigo 11, estipula o pagamento de valor único igual a R\$ 3.000,00 (três mil reais) multiplicado pelo número de anos correspondentes à expectativa de sobrevivência do desaparecido, levando-se em consideração a idade à época do desaparecimento, conforme tabela constante em anexo da Lei, estabelecendo-se o piso de indenização a ser paga pelo próprio Executivo Federal no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). É interessante notar que o direito à indenização deve ser reconhecido por parecer de uma “Comissão Especial” para, somente após isso, o pagamento ser autorizado por decreto da Presidência da República. Todo o procedimento para a percepção da indenização se dá no âmbito do Poder Executivo Federal, e não no Poder Judiciário.

Não obstante, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já foram instados, respectivamente, a se manifestarem sobre a recepção/constitucionalidade da aplicabilidade do critério tarifário ou fechado no cálculo das indenizações por danos extrapatrimoniais, isso, principalmente, diante da disposição do art. 5º, V e X, da Constituição Federal de 1988¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o critério tarifário não foi recepcionado por ser incompatível com o art. 5º, V e X, da CF/88, visto que o dispositivo constitucional prevê a indenizabilidade plena do ofendido,

15. BRASIL. *Lei nº 5.250*, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

16. BRASIL. *Lei nº 4.117*, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

17. BRASIL. *Lei nº 9.140*, de 4 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

18. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

proporcionalmente ao agravo sofrido, e não conforme previsões genéricas constantes em lei infraconstitucional. Nesse sentido, destaca-se a decisão preferida pelo STF, em 28/11/2006, no RE 447584/RJ¹⁹, de relatoria do ministro Cezar Peluso, sendo que a mesma *ratio decidendi* foi adotada na decisão liminar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF²⁰, cujo efeito foi a revogação do critério tarifário previsto na Lei nº 5.250/67.

O Superior Tribunal de Justiça também já enfrentou a matéria. De tanto decidir sobre a questão da tarifação, a referida corte superior vazou súmula de sua jurisprudência uniforme de nº 281, que possui a seguinte redação: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”²¹. Destaco, ainda, o seguinte aresto da referida Corte Superior:

RECURSOS ESPECIAIS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 515, II E 535, DO CPC. INEXISTÊNCIA. ART. 467 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE ACLARATÓRIOS. VIOLAÇÃO À LEI 5.250/67. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO STF. LEI DE IMPRENSA. TARIFAÇÃO. INAPLICABILIDADE. ALEGADO MALTRATO AO ART. 93, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA CORTE DE JUSTIÇA. ILICITUDE DA CONDUTA. DANO MORAL PRESUMIDO. SÚMULA 07/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 326/STJ. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO DO AUTOR NÃO CONHECIDO E DA RÉ CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PROVIDO PARCIALMENTE. [...]. 4. A responsabilidade tarifada prevista na Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988; desse modo, o valor da indenização por danos morais não está sujeita aos limites nela previstos, tampouco admissível tarifação anômala, por via transversa ou oblíqua, a partir das tabelas praticadas pelo órgão de divulgação, para tempo ou espaço, continentes de valores para cuja definição convergem múltiplos fatores, alusivos a custos operacionais embutidos na atividade-fim da empresa, que nada têm a ver com os que informam a avaliação do dano moral. [...]. 10. Recurso do autor não conhecido, sendo o da ré conhecido em parte e, na extensão, provido.²²

E não poderia ser diferente. Os incisos V e X do art. 5º da CF/88²³ assim

19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 447584/RJ. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.
20. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.
21. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 281. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017.
22. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 579.157/MT. 4ª Turma. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. DJ 11 fev. 2008.
23. BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

estão redigidos:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A norma constitucional garante, como já dito alhures, a plena indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais de forma proporcional ao agravo, não estabelecendo nenhuma limitação a tal direito. As disposições constitucionais são garantias fundamentais individuais que, por disposição do § 1º do art. 5º da CF/88, possuem aplicabilidade imediata, tratando-se de normas constitucionais de eficácia plena, que não podem ser limitadas por norma infraconstitucional. Assim, entende-se que o legislador ordinário e, também, o Presidente da República por meio da Medida Provisória nº 808/17, andaram na contramão das disposições constitucionais sobre a questão, visto que eles não poderiam tentar limitar, por norma infraconstitucional, um direito que, inclusive, é cláusula pétrea insuscetível de supressão ou limitação até mesmo por emenda constitucional (art. 60, § 4º, CF).

Ora, muito embora se reconheça que as modificações havidas pela MPV nº 808/17 tenham melhorado substancialmente o parâmetro para o cálculo dos valores indenizatórios, deixando esse parâmetro de ser o último salário contratual do empregado e passando a ser o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, em casos em que a ofensa decorrer de um acidente de trabalho, resultando numa invalidez permanente do empregado em razão de uma tetraplegia irreversível ou de uma situação de completo estado vegetativo da pessoa física, considerando a natureza do dano como gravíssima (com teto de até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social), diante do resultado do sinistro laboral, levando-se em conta, por exemplo, que atualmente (consulta realizada em 19/11/2017) o teto do valor dos benefícios da Previdência Social é R\$5.531,31 (cinco mil, quinhentos e trinta e um reais e trinta e um centavos)²⁴, poderia ser vindicado a título de indenização por danos morais o importe máximo de R\$276.565,50 (duzentos e setenta e seis mil, quinhentos

24. BENEFÍCIOS: ÍNDICE DE REAJUSTE PARA SEGURADOS QUE RECEBEM ACIMA DO MÍNIMO É DE 6,58% EM 2017. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2017/01/beneficios-idade-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-658-em-2017/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos), sem qualquer garantia de que seria deferido ao lesado o teto da indenização, diante da análise dos critérios objetivos do caput do art. 223-G da CLT. Nessa situação de invalidez total e que permanecerá pelo resto da vida da pessoa física, fato que decorreu de uma relação de trabalho, seria o valor máximo de R\$276.565,50 (duzentos e setenta e seis mil, quinhentos e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos) apto a servir de lenitivo à violação de sua integridade imaterial?

Vê-se que a roupa da tarifação do dano extrapatrimonial, por vezes, não veste com justeza o corpo de determinados casos concretos como o mencionado no parágrafo anterior, contrariando as disposições referentes à indenizabilidade pela extensão do dano pela proporcionalidade entre o grau de culpa da ofensa praticada em relação ao sofrimento da vítima e pela razoabilidade do valor da indenização, não atendendo à plena compensação do dano extrapatrimonial. Nesse sentido estão as lições de Rui Stoco:

[...] Sustentamos que não deve nem existir limite máximo em leis sobre a matéria – como ocorre em certos países – diante do princípio fundamental dessa teoria, que é o da limitação da responsabilidade no patrimônio do lesante, uma porque se pode mostrar irreal em certas situações (como no lesionamento conjunto de várias pessoas) e, a duas, porque tem sido ele derreado, em nossos Tribunais, pela aplicação da regra do “cúmulo” ou da “cumulação” de indenizações sob os dois fundamentos possíveis, o do risco e o da culpa, como vem acontecendo em acidentes de transporte e em acidente de trabalho.²⁵

A tarifação das indenizações extrapatrimoniais trabalhistas ainda tem óbice constitucional no princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da CF/88²⁶. Imagine-se a situação de um supermercado que sofre um incêndio. Em tal incêndio ficam seriamente feridos, com marcas para toda a vida, tanto os funcionários do estabelecimento como os clientes que nele faziam compras. Haverá evidente disparidade entre o tratamento dado à questão trabalhista dos empregados lesados e aos danos sofridos pelos clientes no campo da responsabilidade civil.

Os empregados lesados só poderão vindicar na Justiça do Trabalho as suas indenizações por danos extrapatrimoniais até o limite estabelecido pelos incisos do § 1º do art. 223-G da CLT. No entanto, os clientes que sofreram,

25. STOCO, Rui. O arbitramento do dano moral. In: MONTENEGRO FILHO, Misael; MARANHÃO, Daniel de Albuquerque; PIRES FILHO, Ivan (Coord.). *Responsabilidade Civil: Temas atuais*. Recife: Escola de Advocacia de Recife, 2000, p. 312.

26. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

de forma igual ou até menos que determinados trabalhadores, poderão vindicar, na Justiça Comum Estadual, valores ilimitados a título de danos extrapatrimoniais, devendo o valor ser arbitrado conforme o critério aberto, observada a proporcionalidade, o grau de culpa do ofensor e a razoabilidade da indenização, aplicando-se as disposições do art. 944 do Código Civil Brasileiro. A quebra de isonomia entre as vítimas trabalhistas e civis quanto a um mesmo evento danoso é evidente.

Sobre a inconveniência do sistema tarifário, resalto as palavras de Sérgio Cavalieri Filho, que leciona com propriedade que:

Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. A dificuldade, na verdade, era menor do que se dizia, porquanto em inúmeros casos a lei manda que se recorra ao arbitramento (Código Civil de 1916, art. 1.536, § 1º; arts. 950, parágrafo único, e 953, parágrafo único, do Código de 2002). E tal é o caso do dano moral. Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.²⁷

Assim, conclui-se que o sistema tarifário adotado pelo § 1º do art. 223-G da CLT agride os princípios da isonomia e da plena indenizabilidade do dano extrapatrimonial, ambos previstos no art. 5º, caput e V e X da Constituição Federal²⁸, respectivamente. Poderia o legislador ter se limitado a manter o critério de arbitramento judicial mitigado com o estabelecimento dos critérios objetivos e precisos para definição do *quantum debeat* da indenização que estão previstos nos doze incisos do caput do artigo em análise. Isso seria suficiente para eliminar ou ao menos reduzir o número de decisões que estabelecem valores irrisórios ou astronômicos sem qualquer critério, reduzindo a insegurança jurídica. Ademais, eventuais excessos quanto ao valor das indenizações por danos extrapatrimoniais podem ser plenamente corrigidos pelas instâncias recursais ordinárias e extraordinárias na típica função revisora dos tribunais.

No entanto, diante da nova redação do §1º do art. 223-G da CLT, determinada pela MPV nº 808/17, há de ser reconhecido que não mais subsistem as críticas que foram efetuadas na 1ª edição desta obra quanto à quebra de

27. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91

28. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

isonomia dentro do critério anteriormente escolhido pelo legislador para o cálculo do valor das indenizações, qual seja o último salário contratual do ofendido. No anterior critério, se o funcionário “A” ganhasse R\$1.000,00 (mil reais) e o funcionário “B” ganhasse R\$2.000,00 (dois mil reais) e ambos sofressem idêntico assédio moral executado pelo mesmo empregador, sob as mesmas circunstâncias, na mesma intensidade, por meio das mesmas táticas assediadoras e no mesmo ambiente de trabalho, os valores finais das indenizações por danos extrapatrimoniais devidos a ambos os funcionários seriam diversos. Com a adoção da base de cálculo referente ao “valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” pela nova redação do art. 223-G da CLT, determinada pela MPV nº 808/17, vê-se que o dispositivo consolidado passa a prever uma base de cálculo da compensação pelos danos extrapatrimoniais que é fixa, objetiva e que corrige a injustiça do texto original reformista.

Independentemente da consideração da ofensa como leve, média, grave ou gravíssima, o numeral adotado como multiplicador será sempre aplicado sobre o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Assim, a extrapatrimonialidade do empregado “A” poderá ser compensada com um valor semelhante à indenização compensatória percebida pelo empregado “B” diante de idênticas agressões sofridas por ambos, visto que as dores, as angústias e os sofrimentos dos empregados, ao menos a princípio e analisando a situação somente no plano teórico, são semelhantes. Nesse passo, veio em boa hora a modificação do § 1º do artigo 223-G da CLT pela Medida Provisória nº 808/17.

O § 2º do artigo em análise, que não foi modificado pela MPV nº 808/17, também adota o critério tarifário quando a vítima é a pessoa jurídica tomadora dos serviços na relação de trabalho, mas adota como base de cálculo da indenização o salário contratual do prestador de serviços ofensor, multiplicado pelos numerais correspondentes às ofensas de natureza leve, média, grave e gravíssima (incisos I, II, III e IV do § 1º do art. 223-G da CLT).

Com relação ao conflito entre o sistema tarifário adotado pela reforma trabalhista e a Constituição Federal, reporta-se o leitor aos comentários ao § 1º do art. 223-G da CLT, já que o § 2º também entra em conflito com as normas constitucionais previstas no art. 5º, caput (isonomia) e V e X (indenizabilidade plena), da CF/88²⁹.

29. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

O § 3º do artigo em análise, modificado pelo texto da Medida Provisória nº 808/17, prevê que o julgador poderá elevar ao dobro o valor da indenização por danos extrapatrimoniais definida com a utilização dos critérios dos §§ 1º e 2º do art. 223-G da CLT em caso de reincidência de quaisquer das partes, sejam elas o prestador ou o tomador de serviços. A mesma medida provisória ainda acrescentou, com acerto, o §4º ao art. 223-G da CLT, estabelecendo que a reincidência ocorrerá se a ofensa for idêntica, devendo ocorrer no prazo de no prazo de até 02 (dois) anos contados do trânsito em julgado da ação condenatória relativa à primeira ofensa.

A reincidência na prática ilícita que gera danos extrapatrimoniais é um critério válido quando da quantificação da indenização compensatória. A reincidência do agressor demonstra que ele não toma providências para fazer cessar sua conduta ilícita, agindo com displicência e possuindo a previsibilidade dos efeitos de sua ação e a certeza de que poderá suportar novas condenações, sendo necessário que a indenização possua um viés dissuasório mais severo para servir como desestímulo da prática de novos ilícitos. Em tal sentido está o pensamento de Luiz Antônio Rizzatto Nunes, ao afirmar:

Ora, na fixação da indenização deve-se levar em conta essas repetições para que se encontre um valor capaz de por freio nos eventos danosos. Caso contrário, quando se tratar de empresas de porte que oferecem seus produtos e serviços a milhões de consumidores, tais indenizações acabam inexoravelmente incorporadas ao custo e, conseqüentemente, remetidas ao preço.³⁰

A lógica do referido autor, voltada para o Direito do Consumidor, é plenamente aplicável no campo das relações de trabalho. Se não forem fixadas compensações por danos extrapatrimoniais que coíbam a reincidência, as indenizações, em vez de servirem de desestímulo ao ofensor, transformar-se-ão numa porta aberta para novos atos ilícitos. Exemplo disso é um empregador que reiteradamente é condenado sempre nos mesmos valores a título indenizatório por não fornecer condições de higiene (como ausência de banheiros), embutindo o valor de suas condenações nos seus produtos e serviços. Caso não haja a elevação da indenização nos próximos casos semelhantes que serão analisados pelo Judiciário, o ofensor se sentirá à vontade para continuar a praticar os atos ilícitos que lesam bens de natureza extrapatrimonial.

A modificação da redação do §3º do art. 223-G da CLT pelo Presidente da República oblitera a crítica efetuada na 1ª edição desta obra direcionada

30. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 316.

à anterior disposição que considerava, para fins de reincidência, que a nova ofensa ocorresse somente entre partes idênticas da relação de trabalho, ou seja, entre os mesmos prestadores e tomadores de serviços. A antiga disposição conspirava para uma sensível redução do espectro dissuasório das indenizações por danos extrapatrimoniais no âmbito das relações de trabalho, visto que a experiência demonstra que dificilmente as mesmas partes estabelecem novo vínculo empregatício que possibilite a ocorrência de reincidência na lesão extrapatrimonial nos moldes da ocorrida anteriormente, ressaltando-se aqui os empregados que possuam alguma garantia provisória de emprego.

A nova redação do §3º do artigo em análise possibilita a dobra do valor indenizatório mesmo se uma das partes, que anteriormente já suportou condenação transitada em julgado, estiver litigando com prestador ou tomador de serviços diversos dos que constaram na demanda anterior. Registre-se que condenações que ainda não passaram em julgado não podem ser tidas como referência para fins de reincidência. A atual disposição possui a potência de coibir com maior rigor a repetição da conduta ilícita, atendendo ao aspecto dissuasório da indenização, tanto para o prestador como para o tomador de serviços no âmbito das relações de trabalho, tudo com o objetivo de desestimular o agente causador do dano a continuar a praticar atos ilícitos.

O novo §4º do art. 223-G, inserido pela Medida Provisória nº 808/17, define o que deve ser considerado como reincidência no campo da compensação por danos extrapatrimoniais. A reincidência deverá ser específica ou, conforme a redação do dispositivo em análise, as demais ofensas devem ser idênticas à primeira. Assim, além da ofensa ter que agredir os mesmos ou semelhantes bens jurídicos imateriais do prestador ou do tomador de serviços (descritos de maneira exemplificativa nos arts. 223-C e 223-D da CLT), as circunstâncias fáticas da ofensa devem ser idênticas ou, no mínimo, muito semelhantes. Uma empresa que possui inúmeros casos de acidentes de trabalho, por reiteradamente descumprir normas de saúde e segurança do trabalho, certamente poderá sofrer condenações dobradas com base no dispositivo em comento. No entanto, em sentido contrário, imagine-se um empregador que foi condenado pela prática de assédio moral. Tal condenação não será considerada para fins de reincidência e dobra do valor indenizatório caso o mesmo empregador seja condenado a pagar indenizações por danos morais e estéticos em razão de acidente de trabalho típico. O mesmo se diga quanto ao prestador de serviços. A anterior condenação do obreiro por ter lançado

em suas redes sociais informações depreciativas e inverídicas em desfavor de seu empregador não será considerada reincidência caso, em razão da mesma ou de outra relação de trabalho, ele seja condenado a pagar indenização por danos morais em razão de ter agredido fisicamente o seu tomador de serviços.

O mesmo dispositivo em questão, até mesmo para fins de segurança jurídica (art. 5º, caput, e XXXVI, da CF/88), estabelece que será considerado reincidente para fins de dobra da indenização aquele que praticar a nova ofensa no prazo de até dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória tomada como paradigma. O dispositivo é importante, visto que até mesmo o Código Penal, em seu art. 94³¹, prevê o instituto da reabilitação criminal decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução.

Questão interessante é saber a quem compete a demonstração da reincidência do ofensor. É certo que no âmbito da Justiça Criminal a reincidência pode ser facilmente verificada através da verificação da certidão de antecedentes criminais alimentada por banco de dados onde são registradas as condenações penais. No entanto, a Justiça do Trabalho não possui banco de dados semelhante. Assim, na ausência de tal banco de dados, caberá à parte que pleiteia a condenação da *ex adversa* em indenização por danos extrapatrimoniais a demonstração da reincidência (art. 818, I, da CLT), seja por meio da juntada de cópia da sentença e da certidão de trânsito em julgado da demanda paradigma, seja por meio de certidão fornecida, em tal sentido, pelas secretarias das varas do trabalho.

Entende-se ainda que a providência poderá ser tomada de ofício pelo juiz do trabalho, visto que ele possui ampla direção do processo, podendo determinar qualquer diligência necessária ao seu esclarecimento, conforme art. 765 da CLT³², devendo ser lembrado que o art. 370 do NCPC³³, aplicado supletivamente ao processo do trabalho (arts. 769 da CLT e 15 do NCPC) prevê que o magistrado poderá determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Poderá o juiz utilizar como fundamento da decisão em que aplica a dobra do valor indenizatório precedente judicial que se encaixe nas

31. BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

32. BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

33. BRASIL. *Código de Processo Civil* (2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

disposições dos §§ 3º e 4º do art. 223-G da CLT, citando-o expressamente na sentença de mérito. É bom lembrar que o sistema PJE possibilita fácil e rápida consulta pelo juiz, pela parte reincidente e até mesmo pelo relator de eventual recurso ordinário às informações do processo paradigma, mormente quanto ao teor da sentença condenatória e à data do trânsito em julgado.

Por fim, o texto da Medida Provisória nº 808/17 inseriu, com parcial acerto, o § 5º ao artigo 223-G da CLT, excluindo do critério tarifário as indenizações por danos extrapatrimoniais decorrentes de morte do prestador ou do tomador de serviços. Para tais situações, onde a infortúnica laboral resultar em morte, o juiz do trabalho disporá do critério aberto ou do arbitramento para o cálculo dos danos extrapatrimoniais. Nada mais justo, considerando as seriíssimas consequências afetivas que a morte de, por exemplo, um cônjuge, pai, mãe ou filho(a) causam no seio familiar. Entende-se que o texto da MPV nº 808/17 reconhece a procedência das críticas feitas em linhas anteriores quanto ao critério tarifário: a sua insuficiência para cobrir algumas situações muito graves, não servindo para garantir a plena indenizabilidade das lesões extrapatrimoniais.

Diz-se que a medida provisória incidiu em parcial acerto, visto que, no lugar da expressão “danos extrapatrimoniais decorrentes de morte”, deveria ter constado “danos extrapatrimoniais decorrentes de acidente de trabalho típico”. Ora, como dito nos comentários ao §1º do art. 223-G da CLT, há situações de invalidez total e permanente, como, por exemplo, as decorrentes de um acidente de trabalho que cause uma tetraplegia ou que condene determinada pessoa física a ficar em estado vegetativo por toda a sua vida, cujas consequências, não só para o indivíduo como para todo o núcleo familiar, são as piores possíveis. O critério tarifário não atende a tais situações em plenitude. Assim, teria andado melhor o texto da medida provisória se tivesse excluído do critério tarifário todos os acidentes de trabalho típicos (e, por que não, as doenças ocupacionais?), e não somente “os danos extrapatrimoniais decorrentes de morte”.

Marcelo Palma de Brito

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

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

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

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

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

§ 1º (VETADO)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

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

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

.....
§2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação. (NR)

Comentários:

O artigo sob comentário cuida de um tema delicado: o trabalho da empregada gestante e lactante em ambiente insalubre. Ao tratar do tema, a rigor a tutela destina-se, primordialmente, não propriamente à empregada, mas ao feto, ao ser humano em desenvolvimento no ventre materno. Evidentemente, o objetivo da disposição legal é proteger o bem jurídico de valor mais elevado – o direito à vida –, de modo que idealmente se deve evitar que um trabalho em tais condições tenha potencial de prejudicar a gestação da empregada.

A matéria foi disciplinada originalmente a partir da Lei nº 13.287/2016, que acresceu à CLT o art. 394-A, de seguinte redação:

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

A regra vigente, antes da “reforma trabalhista” (Lei nº 13.467/2017), era peremptória: vedava-se em absoluto o trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre.

Essa disposição taxativa, embora consubstancie um grau de proteção máxima ao ser humano em gestação, acarretava alguns possíveis inconvenientes.

Alguns empregadores exercem suas atividades exclusivamente em ambiente insalubre, caso de hospitais, por exemplo. Não havendo ambiente salubre de trabalho, tornava-se inviável dar cumprimento ao mandamento legal e a alternativa era o afastamento da empregada do serviço, passando em casa o período gestacional. Essa solução parecia inadequada, porquanto causava prejuízo financeiro a ambos os sujeitos da relação: a empregada, que perdia o adicional de insalubridade; e o empregador, que pagava salário sem a contraprestação de serviço. Ainda pior, essa situação gerava preconceito e discriminação velada contra a mulher, especialmente em idade fértil, no mercado de trabalho, ante a previsível resistência desse empregador em contratar uma empregada com quem pode ter de enfrentar esse problema.

Por outro lado, há trabalhadoras grávidas que não têm intenção ou interesse em se afastar do serviço, quando o ambiente de trabalho, embora insalubre – e, aqui, geralmente em menor grau –, não cause prejuízo à gestação, o que pode ser atestado por profissional habilitado.

Por fim, passe a empregada a exercer suas funções em local salubre ou

fique em sua residência durante a gestação, preocupa também a redução salarial decorrente da perda do adicional de insalubridade. Com efeito, a redação do art. 394-A, antes transcrito, aprovada no Congresso Nacional, continha um parágrafo único (transformado adiante em § 1º), que acabou sendo vetado pela Presidente da República. Eis o teor do parágrafo objeto do veto presidencial:

Parágrafo único. Durante o afastamento temporário previsto no caput, fica assegurado à empregada gestante ou lactante o pagamento integral do salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade.

As razões do veto revelavam a preocupação com a possível consequência negativa de uma norma excessivamente protetiva, *in verbis*:

Ainda que meritório, o dispositivo apresenta ambiguidade que poderia ter efeito contrário ao pretendido, prejudicial à trabalhadora, na medida em que o tempo da lactação pode se estender além do período de estabilidade no emprego após o parto, e o custo adicional para o empregador poderia levá-lo à decisão de desligar a trabalhadora após a estabilidade, resultando em interpretação que redunde em eventual supressão de direitos.

Esse contexto insatisfatório, do ponto de vista remuneratório, foi radicalmente alterado pela Lei nº 13.467/2017, que conferiu nova redação legal ao artigo, porém teve duração efêmera. Com efeito, a disposição revogada pela MP 808/2017 conferia proteção expressa à remuneração, dispondo que o afastamento da empregada gestante se daria “sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o adicional de insalubridade”.

A desvantagem que isso traria ao empregador fora contornada pelo declarado direito à compensação dos valores pagos a título de adicional de insalubridade, nesse caso, com os recolhimentos previdenciários a seu encargo, consoante redação original do § 2º do artigo, igualmente revogado pela MP 808/2017. Dessa maneira, embora o pagamento devesse ser feito à gestante ou lactante imediatamente pelo empregador, o valor do adicional de insalubridade seria arcado pelo INSS. Como a manutenção da estabilidade econômica da trabalhadora gestante e sua consequente tranquilidade durante o período de gravidez interessam a toda a coletividade, parecia-nos justo que o custo dessas condições fosse solidarizado com toda a sociedade.

A Lei nº 13.467/2017 fora ainda mais longe nesse particular: fixava que, caso o empregador não dispusesse de local salubre para que a empregada gestante ou lactante exercesse suas funções, “a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº

8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.” (§ 3º, revogado). Vez mais, era socializado o custo desse afastamento da empregada, que passaria a receber o benefício previdenciário na hipótese versada.

A disposição desses dois parágrafos tinha um efeito reflexo importante: sinalizava que o afastamento da trabalhadora gestante do ambiente insalubre, ou do próprio serviço, não geraria acréscimo de custos ao empregador, o que evitaria o pernicioso efeito discriminatório no mercado de trabalho.

Esse cenário, todavia, sequer foi de fato concretizado: premido pelas dificuldades econômicas enfrentadas pelo INSS, a MP 808, de 14.11.2017, na prática, retomou a situação anterior à Lei nº 13.467. Com efeito, a nova redação conferida pela medida provisória ao art. 394-A da CLT resgata literalmente os termos originais do art. 394-A, acrescendo expressamente, para não conferir margem a dúvidas, que o afastamento da empregada do ambiente insalubre de trabalho implica a exclusão do pagamento do adicional de insalubridade.

Temos o fundado temor de que a revogação do § 3º do artigo em tela, com redação conferida pela Lei nº 13.467/2017, vá causar um problema recorrente no cotidiano trabalhista e na própria Justiça do Trabalho: o caso do “limbo previdenciário”, que hoje se constata especialmente em relação ao empregado acidentado, afastado do trabalho, que recebe alta previdenciária, porém é reputado inabilitado pelo serviço médico do empregador. Sem adentrar em minúcias quanto ao relevantíssimo problema que hoje se enfrenta a esse respeito, por não ser tema objeto desta análise, divisa-se o perigo de sofrermos com situação similar aqui. O possível “limbo” ocorrerá quando a empregada gestante ou lactante tiver de se afastar do trabalho em ambiente insalubre, porém não exista, na empresa em que trabalha, local salubre de trabalho. Nesses casos, será forçoso o afastamento do serviço. O questionamento que surge é: o empregador deve seguir responsável pelo pagamento dos salários ou a empregada é encaminhada ao INSS para percepção de benefício previdenciário? Nota-se aqui o risco antes referido: empregador que se recuse ao pagamento do salário e ente previdenciário que não conhece o direito ao benefício, tornando temerária a própria manutenção pessoal e familiar do empregado. A nós parece claro que se trata de hipótese de interrupção contratual, cabendo ao empregador o pagamento dos salários durante o período de afastamento. Justifiquemos nosso ponto de vista: é obrigação legal do empregador assegurar um meio-ambiente de trabalho saudável. A atividade empresarial integralmente exercida em ambiente

insalubre atrai obrigações anexas ao contrato de trabalho, como o pagamento de salários de empregados afastados e impedidos legal e transitariamente de trabalhar nessas atividades. Ademais, o artigo em análise tem por fundamento a proteção da vida do feto em desenvolvimento ou do recém-nascido. Sendo esse o bem jurídico tutelado, é incabível que se cogite de uma interpretação que contrarie a finalidade da própria disposição legal.

Quanto às hipóteses de afastamento em si, o legislador foi categórico: conforme a Lei nº 13.467/2017, para atividade classificada como insalubre em grau máximo, a apartação seria regra absoluta (antigo inciso I, revogado). Embora a MP 808 tenha modificado a redação e estrutura da disposição legal em exame, esse entendimento manteve-se intocável, pois no atual §2º excepciona-se a regra geral, de afastamento da gestante, apenas para o caso de “atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo”. Parece-nos correta essa diretriz, pois na hipótese de trabalho em ambiente insalubre em grau máximo o risco à gravidez e à saúde do feto é patente, não cabendo qualquer ponderação.

Já o labor da empregada gestante em atividades insalubres em graus mínimo ou médio comporta maior flexibilidade, ficando na dependência da apresentação de atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher. A Lei nº 13.467/2017 dispôs que, *para o afastamento* nesses casos, seria necessário o atestado médico. Sem a ordem médica, portanto, a empregada gestante poderia seguir trabalhando normalmente. Ao analisar aquela disposição (antigo inciso II do artigo, ora revogado), na redação original desta obra, escrevemos:

A nosso ver, melhor seria que uma ligeira alteração tivesse sido levada a cabo pelo legislador: presumir a necessidade do afastamento e apenas permitir o prosseguimento do labor nesses ambientes mediante apresentação de atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, indicativo de que o trabalho não causa prejuízo à gestação.

A nova disposição legal, conferida pela MP 808, caminhou exatamente nesse sentido, mais pertinente e razoável, para dispor que não o afastamento, mas sim o prosseguimento do trabalho da gestante, em ambiente insalubre em grau mínimo ou médio, dependerá da apresentação voluntária de atestado de saúde emitido por médico de confiança da empregada (§ 2º do artigo).

Relativamente à empregada lactante, ou seja, a mulher em período de amamentação, a regra quanto ao trabalho em ambiente insalubre não sofreu alteração substancial, como se verifica ao se cotejar a Lei nº 10.467 e a MP 808, que dispuseram a respeito no antigo inciso III, revogado, e no atual § 3º

do artigo, respectivamente. Em ambos os casos, o afastamento foi condicionado, seja qual for o grau das condições de insalubridade, ao parecer de médico da confiança da mulher que recomente essa providência. Infelizmente, a nosso ver, perdeu-se a oportunidade de inverter a presunção, para supor o trabalho nesse ambiente prejudicial à lactação, parâmetro passível de entendimento contrário consubstanciado em parecer médico. A MP 808 assim dispôs em relação à trabalhadora gestante, e poderia também tê-lo feito com referência à lactante, conforme já havíamos alertado na redação primitiva desta obra.

Temos lido e ouvido com certa frequência críticas à nova disposição legal, em especial em referência a escolha desse médico “de confiança da mulher”. O temor seria de que o empregador, interessado no prosseguimento da prestação de serviços em ambiente insalubre, impusesse à empregada a escolha e o próprio parecer de um médico já encomendado. Embora não afastemos de modo terminante a possibilidade, não nos parece que seja provável. Primeiro, porque é equivocada a suposição de que o empregador não tenha um pingão de humanismo, ética e consideração e não seja consciente da relevância da proteção à gravidez. Segundo, porquanto o afastamento da empregada para ambiente salubre de trabalho não implicará custos adicionais diretos para o empregador, em vista da previsão da parte final do caput do artigo, acima comentado. E, terceiro e último, os Conselhos Regionais e Federal de Medicina são atuantes e rigorosos em sua atividade de fiscalização da profissão e não é tão simples ou fácil que um profissional da área se disponha a elaborar um laudo com informações sabidamente falsas, que colocariam em risco a vida de um ser humano.

Ante essa ordem de considerações, a atuação responsável, com ética e boa-fé, de todos os envolvidos na situação prevista na lei – empregada, empregador e médicos – pode conferir ao artigo efeitos positivos, ao preservar a remuneração da trabalhadora gestante, quando isso se revelar possível sem causar prejuízos à gravidez.

Rodrigo Dias da Fonseca

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

§ 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no caput.

§ 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

§ 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato.

§ 5º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do caput, não possuirão a qualidade de empregado prevista no art. 3º.

§ 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

§ 7º O disposto no caput se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante.” (NR)

Comentários:

Este artigo tem gerado polêmica nos debates prévios à entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, por motivos que a nosso sentir são equivocados.

Há possibilidade de variadas leituras da disposição, mas, ao menos dentro de um critério de razoabilidade, não nos parece que se possa afirmar o que amiúde tem-se dito: que o artigo estimule a contratação indiscriminada de trabalhadores autônomos em substituição a empregados, ou mesmo que facilite a denominada “pejotização”.

Numa primeira abordagem, do ponto de vista da interpretação literal, o teor do artigo parece de evidência palmar: a contratação de um trabalhador autônomo afasta a qualidade de empregado. Ora, é de uma tal evidência a afirmação que deveria ser ocioso fazer esse registro, porém, ante alguns comentários mais afoitos, diríamos que, se um autônomo, por definição, é um trabalhador que presta serviços por sua própria iniciativa e sem subordinação ao(s) tomador(es) de serviços, é óbvio que jamais será empregado, por ausência de requisito fundamental da relação de emprego.

Essa disposição lembra bastante os debates e temores havidos com a edição da Lei nº 8.949/94, que acrescentou o parágrafo único ao art. 442 da CLT, que assim passou a dispor:

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Na época, temeu-se que, ante a norma transcrita, consolidar-se-ia o desvirtuamento dos direitos trabalhistas e que as empresas fariam paulatinamente a substituição de seus empregados por trabalhadores cooperados. Desta feita, o temor é de generalização da contratação de verdadeiros empregados, travestidos de trabalhadores autônomos.

Na verdade, antes como agora, não havia essa possibilidade, ou ao menos foi superdimensionado esse risco. No período imediatamente seguinte à sanção da Lei nº 8.949/94, é bem verdade, aumentou-se exponencial e indiscriminadamente a terceirização de serviços para cooperativas. No entanto, logo sobreveio reação enérgica e vigorosa da Justiça do Trabalho³⁴, que nas múltiplas ações sobre a matéria naquele período, fixou a interpretação cabível ao dispositivo: caso estivessemos frente às autênticas cooperativas de trabalho, que atendam a todos os requisitos legais, sem vícios, fraudes ou simulações, de fato não haveria relação de emprego. Por outros termos, em atenção ao princípio da primazia da realidade, a ausência do vínculo de emprego pressupunha a comprovação do atendimento às disposições legais e princípios que regem

34. Por todos e ilustrativamente, cita-se o acórdão: “COOPERATIVA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ART. 442, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. FRAUDE. Restando configurada fraude na contratação de mão de obra por intermédio de cooperativa, que nada mais foi que típica empresa interposta, pois os elementos essencialmente caracterizadores do vínculo de emprego estiveram presentes na relação jurídica havida entre a obreira e a empresa tomadora dos serviços, o reconhecimento do vínculo entre os últimos é medida que se impõe e que, dadas as circunstâncias delineadas, em nada ofende o teor do art. 442, parágrafo único, da CLT, que trata dos legítimos casos de trabalho cooperado. Recurso Ordinário a que se nega provimento.” (BAHIA. Tribunal Regional da 5ª Região. RO 01285-2001-023-02-00-8, 2ª Turma. Relator: Anélia Li Chum, Publicado em 8 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.trt5.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2017)

o cooperativismo. E assim, deu-se cobro à incipiente tentativa de conferir à lei um sentido equivocado que chancelasse a contratação, como empregados, de trabalhadores associados formais a uma cooperativa fraudulenta.

Passado aquele momento inicial e pacificada a jurisprudência sobre o tema, não se verificou o vaticínio pessimista daqueles que enxergavam naquele dispositivo legal o mote para a precarização dos direitos trabalhistas. Nossa convicção é de que o mesmo se passa agora, em relação ao artigo sob análise.

Dessa maneira, o crivo a ser utilizado aqui é bastante similar àquele manejado outrora: se estivermos frente a um genuíno trabalhador autônomo, que dirige a própria atividade e atua com independência, naturalmente os pressupostos da relação de emprego, extraídos do art. 3º da CLT, não estarão presentes concomitantemente.

A referência legal à “exclusividade” e “continuidade” não altera esse quadro. No texto da Lei nº 13.467/2017, dispunha-se que a contratação do trabalhador autônomo, com ou sem exclusividade, não caracteriza relação de emprego, afirmação de constrangedora evidência. No entanto, frisamos então, quando da análise daquela redação que, embora a exclusividade não constitua pressuposto da relação de emprego, a prestação de serviços contínuos para único tomador, apresenta “naturalmente uma grande probabilidade de configurar relação de emprego”.

Com efeito, é possível que um trabalhador autônomo preste voluntariamente serviços a um único tomador, seja porque lhe parece recompensador financeiramente, seja porque o serviço lhe demande tamanho tempo que não lhe permita trabalhar para outras pessoas físicas ou jurídicas. No entanto, se a exclusividade decorre de imposição do tomador de serviços, a situação muda de figura e se aproxima demasiadamente da tradicional relação de emprego. Tendo em vista essa ordem de ideias, a MP 808 suprimiu do caput do artigo a expressão “com ou sem exclusividade”, complementando com a restrição à celebração de cláusula de exclusividade na contratação do trabalhador autônomo (§ 1º). Entretanto, consoante já pontuamos, esclareceu a seguir (§ 2º) que a prestação de serviços a único tomador não descaracteriza o trabalho autônomo.

A rigor, a melhor interpretação dessa figura jurídica – o trabalho autônomo – já abrangeria o que vai no texto legal. Afinal, a exclusividade nunca foi requisito da relação de emprego (CLT, art. 3º), sendo possível a prestação de serviços com autonomia e independência a um único tomador, ainda

que de modo contínuo. O que importa, afinal, se estamos tratando de um trabalhador autônomo, é a verificação da subordinação jurídica, requisito da relação de emprego jamais presente no verdadeiro trabalho autônomo. Daí a referência incontestável do novo § 6º do artigo em comento (“§ 6º. Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.”).

Tradicionalmente, a prestação de serviços de uma pessoa física para outra pessoa física ou jurídica faz presumir a relação de emprego. Por outros termos, do amplo rol de relações de trabalho em sentido amplo, a maior parte delas retrata relação de emprego e, por isso, constatada a prestação de serviços decorre a presunção do vínculo laboral. Assim, a jurisprudência pátria adota pacificamente a tese, elevada à categoria de brocardo jurídico, de que “admitida a relação de trabalho em sentido amplo, presume-se a relação de emprego.” É bastante elucidativa, nesse particular, a lição de Ari Pedro Lorenzetti, *in verbis*:

[...] tem-se assim, que em princípio toda a prestação de labor enquadra-se nos moldes trabalhistas, a menos que se prove o contrário. Tal solução assenta-se no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual os dispositivos da Carta Magna devem ser interpretados de modo a conferir-lhes a maior abrangência possível. Assim, basta o trabalhador demonstrar que houve prestação laboral para que lhe reconheçam os direitos trabalhistas. Cabe ao beneficiário da força de trabalho provar a ausência de alguns dos requisitos que caracterizam a relação de emprego.[...]³⁵

Pois bem. Nesse estrito sentido, pensamos que a norma em apreço representa uma modificação relevante de paradigma. Expliquemos nosso ponto de vista: a partir da vigência da Lei nº 13.467/17, ainda que configurada a relação de trabalho *lato sensu* e mesmo que a prestação de serviços se dê de forma contínua e exclusiva, desde que cumpridas as formalidades legais para a contratação do trabalhador autônomo, presumir-se-á a inexistência do vínculo de emprego. Haverá, portanto, uma inversão do ônus da prova, cabendo ao trabalhador, reclamante, demonstrar a existência da subordinação, sob pena de prevalecer a relação de trabalho autônomo.

A rigor, isso não é novidade. Também no caso do parágrafo único do art. 442 da CLT, desde que formalmente caracterizada a constituição regular da cooperativa e a associação do trabalhador, a presunção é igualmente da inexistência da relação de emprego, tanto com a própria cooperativa quanto com tomadoras de serviço desta. No entanto, se demonstrada que essa presunção

de cumprimento estrito da lei não corresponde à realidade, a relação de emprego é reconhecida. O princípio trabalhista da primazia da realidade ditará a natureza da relação, nos termos da regra evidenciada no § 6º do artigo.

Ausente a subordinação jurídica (§ 6º), as disposições dos §§ 3º, 4º, 5º e 7º são inócuas e, francamente, parecem-nos apenas reforçar desnecessariamente a exigência de rigor no atendimento das exigências para declaração do vínculo de emprego. Sem maiores delongas, aparentemente as disposições contidas nesses parágrafos têm por destinatários os juízes do trabalho e o seu objetivo subjacente é evitar o reconhecimento do vínculo de emprego com excessiva condescendência.

Ora, inexistente a subordinação jurídica, é evidente que o trabalhador autônomo poderá prestar serviços em qualquer atividade lícita, ainda que ligada ao negócio da empresa contratante (§§ 3º e 7º). Neste último parágrafo fez-se questão de frisar que a prestação de serviços do autônomo pode se inserir no que se convencionou designar “atividade-fim” do contratante, ainda que essa expressão reflita um conceito fluido e indeterminado.

No mesmo sentido, tratando-se de um profissional autônomo, liberal, naturalmente sua relação jurídica com o tomador de serviços é fundada no contrato e regulada pelas normas de direito comum. Assim, é evidente que não se obriga a cumprir toda e qualquer ordem ou exigência do contratante, porém, caso se recuse a atender obrigação contratual, sujeita-se à cláusula penal eventualmente ajustada (§ 4º; Código Civil, arts. 408 a 416).

Outra disposição supérflua é aquela contida no § 5º do artigo, pois é evidente que qualquer verdadeiro trabalhador autônomo, que não se subordina juridicamente ao contratante, não é empregado. É ocioso ter de afirmar tamanha obviedade, mas se afigura necessário ante a referência legal.

Resta verificar exatamente quais seriam as formalidades legais da contratação do trabalhador autônomo, referidas no preceito legal. Como regra, desconhecemos exigência legal genérica a qualquer contratação de trabalhador autônomo. Há hipóteses, no entanto, em que a lei exige formalidades na contratação de trabalhadores autônomos integrantes de certas categorias específicas, casos do representante comercial (Lei nº 4.886/65³⁶), corretores

35. LORENZETTI, Ari Pedro. *As nulidades no Direito do Trabalho*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2010.

36. BRASIL. Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4886.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

de imóveis (Lei nº 6.530/78³⁷), corretores de seguros (Lei nº 4.594/64³⁸), etc. Em todos esses casos, pela nova disposição legal, evidencia-se maior relevância e força à prova documental, de forma que a presunção, suscetível de prova em contrário a encargo do trabalhador, é de estarmos frente a verdadeiro trabalho autônomo. O mesmo se dará em relação à generalidade dos contratos de trabalho autônomo, sem previsão legal específica, mas regulares e que, a nosso ver, sejam celebrados por escrito, reforçando, no campo trabalhista, a regra inscrita no art. 219 do Cód. Civil.

Rodrigo Dias da Fonseca

37. BRASIL. Lei nº 6.530, de 12 de maio de 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6530.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

38. BRASIL. Lei nº 4.594, de 29 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4594.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

REDAÇÃO REVOGADA:³⁹

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

.....

Redação determinada pela Lei nº 13.467/17:

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

.....

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

Comentários:

O caput do artigo 443 da CLT, que trata das modalidades de contrato individual de trabalho, foi modificado pela Lei nº 13.467/17 com o objetivo de implementar, no Direito do Trabalho Brasileiro, a figura do contrato de trabalho intermitente, novidade que se trata de figura diversa das clássicas modalidades de contratos de trabalho previstos no texto celetista. Tal modalidade de contratação será objeto de maior discussão quando dos comentários ao § 3º do art. 443 e aos arts. 442-A a 442-H incluídos no texto celetista pela Lei nº 13.467/17 e pela Medida Provisória nº 808/17.

Por outro lado, o novo § 3º do art. 443 da CLT define o contrato de trabalho intermitente como modalidade de prestação de serviços subordinada, mas não contínua, podendo o empregado prestar serviços e ficar em inatividade, alternadamente, por horas, dias ou até meses sem desconfigurar o estado de sujeição jurídica ao empregador e, por conseguinte, o vínculo trabalhista. É interessante notar que o dispositivo engloba toda e qualquer atividade lícita que pode ser objeto de um contrato de emprego, excepcionando apenas a categoria dos aeronautas que são regidos pela Lei nº 7.183/84, algo que não

39. Conforme explicamos na introdução a este trabalho, o presente artigo e parágrafo serão analisados a despeito de não haverem sido modificados pela MP nº 808/2017, por força da profundidade das alterações que o instituto do trabalho intermitente sofreu com a Medida Provisória.

foi objeto de modificação pela MPV nº 808/17.

É cediço que a não eventualidade ou habitualidade é elemento para a caracterização do vínculo de emprego, nos termos do art. 3º da CLT. No entanto, observa-se da definição de trabalho intermitente trazida pelo § 3º do art. 443 da CLT que tal modalidade contratual prescinde da habitualidade na prestação de serviços ao dizer que poderão haver períodos compostos por horas, por dias ou até mesmo por meses sem prestação de serviços dentro de um mesmo vínculo empregatício intermitente.

Ora, é certo que a figura do trabalhador eventual, aquele que presta serviços de forma descontínua, em um determinado evento e/ou sem fixação a um tomador específico, não possui vínculo de emprego justamente pela ausência da habitualidade na prestação de labor. O trabalho intermitente, desde que obedeça aos requisitos dos arts. 452-A e 452-C da CLT (que serão objeto de ulteriores comentários), cria uma exceção ao elemento não eventualidade/habitualidade para considerar trabalhadores com vínculo empregatício pessoas que, em tese, seriam eventuais por prestarem serviços apenas em determinados eventos de maior demanda. Nas palavras de Flávio da Costa Higa:

O contrato de trabalho intermitente abala os alicerces do Direito do Trabalho em vários aspectos. O primeiro advém do fato de os artigos 443, § 3º e 452-B obliterarem a habitualidade como elemento da relação de emprego. Isso porque “independentemente da pessoalidade ou da subordinação, aquele que presta serviços em caráter eventual não é empregado. É, na realidade, por oposição à definição legal, um trabalhador eventual. Todavia, o texto coloca o trabalhador intermitente numa posição ontológica de imprevisibilidade, mas mantém a essência da relação de emprego, sem alterar a redação do artigo 3º da CLT. Concebe, assim, uma antinomia, porquanto ninguém pode “ser e não ser” ao mesmo tempo.⁴⁰

Vê-se, assim, que a não-eventualidade ou a habitualidade, diante da expressão “não é contínua” constante no § 3º do art. 443 da CLT, não é mais requisito essencial para existência de um vínculo de emprego celetista, ao menos quando se tratar de contrato de trabalho intermitente, isso se obedecidos todos os requisitos para a celebração da referida avença, constantes no art. 452-A da CLT.

40. HIGA, Flávio da Costa. *Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente*. Disponível em: <http://googleweblight.com/?lite_url=http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente&ei=bEbwqrq8t&lc=pt-BR&s=1&m=894&host=www.google.com.br&ts=1501515908&sig=ALNZjWmY83DIYkdINAxr10tjUEYuRXyU4A#a-_ftnref14> 08 de junho de 2017. Acesso em 31 jul. 2017.

O novo dispositivo em comento considera como tempo à disposição tão somente o período em que o obreiro estiver cumprindo ou aguardando ordens durante os períodos de convocação ao serviço. Assim, serão desprezados os períodos de inatividade não compreendidos nas escalas de convocação ao serviço intermitente e, por conseguinte, eles não serão remunerados pelo empregador, tudo conforme previsto no art. 452-C, caput e § 2º, da CLT, introduzido pela Medida Provisória nº 808/17.

Em decorrência da descontinuidade na prestação de serviços, ou seja, da alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, há uma manifesta imprevisibilidade quanto ao evento da prestação de trabalho em si (se), no que respeita ao tempo da prestação (quando) e no que se refere ao valor da remuneração a ser paga/recebida (*quantum*), isso no que respeita a ambas as partes da relação empregatícia, muito embora os seus efeitos sejam sentidos com maior intensidade pelo empregado que depende do pagamento de seu salário para suprir as suas necessidades vitais, o que só ocorrerá ao final de cada evento descontínuo de prestação de serviços intermitentes. O contrato intermitente carrega em si um aspecto aleatório, dependente da demanda de serviços do empregador que, em certo período, cioso por aumentar a sua produção ou circulação de bens ou serviços em setores, como por exemplo, bares e restaurantes, turismo e hotelaria, convoca os trabalhadores quando entender necessário. É inegável que esse tipo de contrato, por conter um forte elemento aleatório, transfere parte do risco empresarial, mesmo que mínimo, ao empregado, pois este, para auferir a sua remuneração, fica dependente das variações do setor econômico de atuação do seu empregador, muito embora o art. 2º, caput, da CLT diga que é o empregador quem assume os riscos de sua atividade econômica.

Diversos países europeus possuem figuras análogas ao contrato de trabalho intermitente adotado pela reforma trabalhista. Dá-se como exemplo a Inglaterra, com o *zero-hour contract*, a Alemanha, com o seu *arbeit auf abruf*, a Itália, com o *lavoro a chiamata*, e Portugal, com o seu contrato intermitente. Já os Estados Unidos da América possuem os contratos baseados na escala *just in time*, contrato muito semelhante à experiência inglesa do *zero-hour contract*⁴¹.

41. FERNANDES, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado*. Disponível em: <http://googleweblight.com/?lite_url=http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/&ei=kpNbnHc7&lc=pt-BR&s=1&m=894&host=www.google.com.br&ts=1501515908&sig=ALNZjWnLR_RduD3bfGKwPt6pZaR7DB8LfQ#a-sdfootnotest8sym>. Acesso em: 31 ago. 2017.

No entanto, ao contrário da experiência anglo-saxã (Inglaterra/EUA), muito embora Alemanha, Itália e Portugal tenham adotado, por meio de reformas às suas correspondentes legislações trabalhistas, experiências semelhantes ao contrato intermitente, em tais países há vários mecanismos que visam impedir que tal modalidade contratual volva-se em instrumento de precarização das relações laborais. Na Alemanha, por exemplo, o contrato de intermitente está previsto no § 12 do *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG)*⁴², sendo que a legislação trabalhista alemã prevê que deve ser fixado um número mínimo de dias e horas de trabalho em que o trabalhador deve ser convocado ao serviço, sob pena de ser obrigatória a convocação por, no mínimo, dez horas semanais.

Já na Itália, a figura foi criada pela Lei Biagi de 2003 (Decreto Legislativo nº 276⁴³), sendo que, atualmente, o contrato de trabalho intermitente (*lavoro a chiamata*) deve ser celebrado via negociação coletiva, garantindo-se a participação dos sindicatos no processo de estabelecimento dos vínculos intermitentes. Ademais, há restrições como vedações à contratação de intermitentes para substituição de pessoal em greve ou despedido em massa, vendando-se ou dificultando-se, assim, a substituição de pessoal com vínculos indeterminados e não eventuais por vínculos não contínuos. Da mesma maneira, via de regra, a prestação de serviços intermitentes não pode ser superior a 400 dias num período de 3 anos. Tais salvaguardas ao contrato de trabalho intermitente italiano podem ser encontradas, por exemplo, no art. 13.2. do Decreto Legislativo 15 Giugno 2015⁴⁴, n. 81.

Por fim, Portugal também possui o seu contrato intermitente (artigo 159º do Código do Trabalho Português⁴⁵), mas com o detalhe da garantia de pagamento de 20% da remuneração base paga pelo empregador durante os períodos de inatividade.

Assim, vê-se que os modelos de contratos intermitentes dos países da Europa Continental possuem garantias mínimas que visam, ao menos, amenizar os aspectos de aleatoriedade e de imprevisibilidade dos vínculos

intermitentes ou, então, garantir que o pessoal regular e contínuo da empresa não seja substituído por contratados intermitentes, o que seria inegável forma de precarização das relações laborais.

Já a experiência anglo-saxã apresenta na Inglaterra o *zero-hour contract* ou contratos de zero hora e nos Estados Unidos da América os contratos *just in time* em que, com o crescer da demanda de produtos e serviços, os empregados são convocados poucas horas antes do início da escala de trabalho determinada pelo empregador, não havendo nenhuma garantia das horas que serão efetivamente trabalhadas e, por conseguinte, do valor da remuneração. Não há participação dos sindicatos na estipulação dos contratos intermitentes. Não há garantia de retribuição mínima no período de inatividade ou de mínima quantidade de horas que devem ser trabalhadas no dia ou na semana. Da mesma forma, não se verificam restrições para a contratação de intermitentes para a substituição de vínculos empregatícios a prazos indeterminados e contínuos. Inexistem previsões de participação dos sindicatos para a entabulação dos *zero-hour contracts* ou da escala *just in time*. Tais contratos intermitentes são muito utilizados nas redes de fast food, restaurantes e no comércio varejista ingleses e americanos.

Analisando-se os arts. 443, § 3º, e 452-A a 452-H da CLT, constata-se que o modelo brasileiro de contrato intermitente aproxima-se mais das experiências anglo-saxãs da Inglaterra e dos Estados Unidos do que das fórmulas adotadas por países da Europa Continental. A jornada intermitente do Direito do Trabalho brasileiro adota a escala móvel de trabalho e jornadas variáveis, não possuindo as garantias previstas em sistemas como o alemão, o italiano e mesmo o português quanto à garantia de remuneração mínima quando da inatividade, previsão de horas diárias e semanais mínimas de convocação ao trabalho, vedação à dispensa em massa para contratação de intermitentes e previsão de negociação coletiva para a contratação por tal modalidade.

Verifica-se que a medida adotada pelo legislador reformador é útil para determinados setores da economia nacional que apresentam variações quanto à demanda conforme os dias, semanas ou os meses do ano ou em determinados acontecimentos ou eventos específicos, a exemplo dos setores de hotéis, de turismo, de bares e de restaurantes. É inegável que um *buffet* de casamentos ou de festas infantis normalmente funciona entre a sexta-feira e o domingo, não havendo a necessidade de trabalho dos empregados nos demais dias da semana. Também salta aos olhos que o movimento de bares e de restaurantes

42. ALEMANHA. *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfhg/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

43. ITÁLIA. *Decreto Legislativo nº 276*. Disponível em: <<http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/174-d-l-gs-276-03-attuazione-l-30-03-legge-biagi-aggiornato-alla-l-92-12>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

44. ITÁLIA. *Decreto Legislativo 15 Giugno 2015*. Disponível em: <http://www.jobsact.lavoro.gov.it/documentazione/Documents/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2017.

45. PORTUGAL. *Código do Trabalho Português*. Disponível em: <http://cite.gov.pt/legis/CodTrab_in-dice.html>. Acesso em: 31 ago. 2017.

se intensifica nos finais de semana, exigindo maior quantidade de garçons e de cozinheiros somente em tais períodos. Os hotéis recebem mais hóspedes nas viradas de ano, nos carnavais e em outras datas comemorativas/feriados, necessitando, somente em tais eventos, de mais atendentes e copeiros.

Tais situações encaixam-se como uma luva na esquemática do trabalho intermitente, em que os prestadores de serviços que exerciam suas atividades na informalidade, na base do conhecido “bico”, e que não estavam inseridos no ambiente de proteção da legislação trabalhista, sem acesso à Previdência Social e ao sistema do FGTS, passam a contar com a formalização de seus vínculos de emprego. Com a finalidade de trazer para a formalidade e para proteção uma grande parcela prestadores de serviços que, ou não se enquadravam no clássico conceito de não-eventualidade, sendo considerados eventuais sem vínculo empregatício, ou que, por prestarem serviços em poucas horas ou dias da semana ou do mês, não tinham o seu vínculo reconhecido pelo seu patrão, ao menos espontaneamente, o contrato de trabalho intermitente é bem-vindo e poderá produzir bons frutos.

Por não ser a exclusividade elemento essencial para a caracterização do vínculo de emprego, a estipulação do contrato de trabalho intermitente não impede a celebração de outros vínculos de emprego, intermitentes ou não, pelo empregado junto a outros tomadores, até mesmo diante da expressa previsão constante no § 1º do art. 452-C da CLT, inserido pela MPV nº 808/17. Assim, uma pessoa que trabalhe como secretário de um escritório de advocacia continuamente, de segunda-feira a sexta-feira ou até mesmo de segunda-feira a sábado, poderá firmar, por exemplo, um contrato intermitente com um bar, um *buffet* ou um restaurante para prestar serviços como garçom, podendo ser convocada em feriados e nos finais de semana quando houver aumento da demanda de prestação de serviços.

A crítica que se faz à figura do trabalho intermitente é o fato de o § 3º do art. 443 da CLT e a ulterior Medida Provisória nº 808/17 não terem restringido as atividades que podem ser contratadas de maneira intermitente. A única restrição, lógica, aliás, foi para a categoria dos aeroviários regidos por lei específica, a Lei nº 7.183/84.

Imagine-se aqui uma empresa siderúrgica que exerce sua atividade econômica utilizando fornos e vasos de pressão, devendo treinar e capacitar constantemente os seus funcionários quanto aos riscos ambientais e medidas de proteção e de segurança do trabalho (art. 5º, XXII, CF/88 e arts. 157 e

seguintes da CLT). Apesar de se tratar de uma escolha política do legislador reformador, válida, diga-se de passagem, seria conveniente e seguro contratar metalúrgicos intermitentes, que não estão acostumados com a rotina de trabalho e medidas de saúde e segurança da siderúrgica, para prestar trabalho em fornos ou vasos sob pressão por apenas três, quatro, ou cinco horas numa semana e convocá-los apenas daqui a dois meses para uma nova prestação de trabalho? A rotina e os cuidados que se deve ter no ambiente de trabalho de uma empresa siderúrgica são distintos, a toda evidência, da rotina de trabalho de um hotel ou de um restaurante. O mesmo se diga aqui quanto ao trabalho dos mineiros em minas de subsolo. Seria indicado o trabalho intermitente para esses casos? Diante das peculiaridades e mesmo dos maiores riscos ambientais ao empregado, entende-se que não.

Quanto à substituição de vínculos contínuos por vínculos intermitentes no que respeita aos mesmos empregados, a Medida Provisória nº 808/17 estabeleceu, no art. 452-G da CLT, o interstício de dezoito meses para a dispensa e a recontração dos mesmos empregados por meio de vínculos intermitentes, mas tal dispositivo só possuirá vigência até o dia 31 de dezembro de 2.020. O interstício previsto no art. 452-G da CLT é salutar, visto que é cediço que o art. 477-A da CLT (que será objeto de ulteriores comentários) equiparou, para todos os fins, as dispensas imotivadas individuais, plúrimas e coletivas, não mais exigindo qualquer negociação coletiva ou autorização sindical para que sejam efetuadas dispensas em massa. É certo que a previsão do art. 452-G da CLT inibirá dispensas coletivas de não intermitentes, que já possuem a necessária experiência na função desempenhada na empresa, com a finalidade de recontratá-los, imediatamente, como trabalhadores intermitentes.

O que mais preocupa é que o interstício de dezoito meses será aplicado somente até 31 de dezembro de 2.020, visto que a após tal data não mais subsistirá o seu objetivo primordial: evitar a precarização das relações laborais já constituídas. Certamente, a partir de 01 de janeiro de 2.021, será juridicamente possível substituir o vínculo de um empregado contínuo por um intermitente sem qualquer interstício temporal, algo que, em vez de servir à formalização do subemprego, geração de empregos e incentivo ao primeiro emprego com queda da evasão escolar, intenções manifestadas no relatório final do PL nº 6787/16⁴⁶ (que originou a Lei nº 13.467/17),

46. BRASIL. PL nº 6787/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetra>

apresentado na Câmara dos Deputados, conspirará para a precarização das relações laborais, pois é inegável que um contrato de trabalho a prazo indeterminado e contínuo é muito mais estável, previsível e mais atraente financeiramente do que um vínculo de emprego intermitente, com sua ínsita imprevisibilidade e aleatoriedade.

O empregado que tem o seu vínculo contínuo substituído por um intermitente passa a ver a sua remuneração reduzida justamente porque, nos termos do § 2º do art. 452-C da CLT, só serão remuneradas as horas, dias e meses que são objeto da escala móvel de convocação, visto que, muito embora subsista a subordinação jurídica e, por conseguinte, o vínculo de emprego, o obreiro não verá remuneradas as horas em que estiver em inatividade, o que acarreta sensível diminuição dos ganhos laborais. No contrato de trabalho intermitente, o prestador de serviços não possui dias e jornadas de trabalho definidos, algo que influencia diretamente no valor de sua remuneração, por vezes negativamente, muito embora lhe seja garantida a remuneração do salário mínimo hora ou do valor da hora devido aos demais empregados da empresa ou do estabelecimento (art. 452-A, inciso II e § 12, da CLT). O empregado, durante o período de inatividade, não sabe quanto e quando perceberá alguma remuneração.

O relatório final apresentado na Câmara dos Deputados alhures mencionado cita a experiência americana como exemplo a ser seguido quanto à adoção do contrato intermitente de forma livre e sem limitações no Direito do Trabalho brasileiro. No entanto, autores como Paulo Roberto Fernandes dizem das críticas e da crescente resistência que tal modelo de contratação vem sofrendo nos Estados Unidos da América justamente por se configurar, em várias situações, como forma precarizante de trabalho, ao afirmar que:

[...] tal espécie de contratação causa polêmica por conta dos danos causados aos trabalhadores, pois a incerteza quanto aos valores pagos e quanto a escala de trabalho faz com que eles passem por uma grande situação de estresse no trabalho e possuam problemas na sua vida privada. Até mesmo nos Estados Unidos há um movimento para suavizar os impactos negativos desse tipo de contratação. Nesse sentido, oito estados e o distrito de Colúmbia “introduziram as designadas leis *reporting-time pay* que exigem aos empregadores o pagamento de um valor mínimo aos empregados que trabalham em turnos calendarizados, mesmo no caso de não lhes ser atribuído trabalho”. Existem, ainda, leis nas cidades de San Francisco e Seattle que regulamentam e limitam

mitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em: 31 ago. 2017.

o *just-in-time scheduling*.⁴⁷

Sobre os *zero-hora contracts*, figura que também serviu de inspiração ao legislador reformador para a adoção do contrato de trabalho intermitente, o mesmo autor citado diz que a referida figura vem sofrendo críticas no âmbito do Reino Unido quanto à sua tendência precarizante dos vínculos empregatícios, tendo sido bastante limitado na Nova Zelândia. Referido autor afirma nesse sentido que:

Há uma grande discussão no Reino Unido acerca desse tipo de contrato e por conta disso, o Governo Britânico, em 2014, proibiu o uso de cláusulas de exclusividade nos contratos *zero hora*. A polêmica aumentou, recentemente, após a Nova Zelândia limitar a utilização dessa espécie de contratação. Estima-se que mais de 900.000 pessoas trabalham sob esse regime no Reino Unido.⁴⁸

Assim, principalmente a partir de 01 de janeiro de 2021, se a figura do contrato de trabalho intermitente não for utilizada com parcimônia pelo empresariado nacional, em vez de ser elemento de inclusão à formalidade de trabalhadores que se encontram no mercado informal de trabalho, realizando “bicos”, poderá servir de instrumento a serviço da precarização das relações de trabalho. Desejável seria que o legislador reformador, ao adotar o contrato de trabalho intermitente, tivesse limitado a referida modalidade de pactuação para determinados setores da economia (a exemplo dos bares e restaurantes) e tivesse previsto garantias mínimas em favor do empregado, a exemplo de horas mínimas de convocação durante a semana ou mês e/ou remuneração mínima durante os períodos de inatividade, calculada, por exemplo, através de aplicação de percentual sobre a remuneração dos períodos de atividade, prevendo ainda a vedação permanente da dispensa coletiva de empregados para a contratação de intermitentes. De bom alvitre teria sido, ao menos para algumas categorias de trabalhadores, a previsão de contratação de intermitentes somente após negociação coletiva, algo que privilegiaria a autonomia privada coletiva dos sindicatos, tal qual ocorre na Itália.

47. FERNANDES, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado*. Disponível em: <http://googleweblight.com/?lite_url=http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/&ei=kpNbnHc7&lc=pt.BR&s=1&m=894&host=www.google.com.br&ts=1501515908&sig=ALNZjWnLR_RduD3bfGKwPt6pZaR7DB8LfQ#a-sdfootnote8sym>. Acesso em: 31 ago. 2017.

48. FERNANDES, Paulo Roberto. *A figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado*. Disponível em: <http://googleweblight.com/?lite_url=http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermitente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/&ei=kpNbnHc7&lc=pt.BR&s=1&m=894&host=www.google.com.br&ts=1501515908&sig=ALNZjWnLR_RduD3bfGKwPt6pZaR7DB8LfQ#a-sdfootnote8sym>. Acesso em: 31 ago. 2017.

Não obstante, apesar de desejável a previsão legislativa das garantias supramencionadas em favor dos trabalhadores intermitentes, essa não foi a opção política do legislador reformador e mesmo do Presidente da República, estes que adotaram o modelo anglo-saxão de contrato intermitente ao editarem a Lei nº 13.467/17 e a Medida Provisória nº 808/17.

Marcelo Palma de Brito

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário-mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

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

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

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

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

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

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I – remuneração;

II – férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III – décimo terceiro salário proporcional;

IV – repouso semanal remunerado; e

V – adicionais legais.

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

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá:

I – identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes;

II – valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12; e

III – o local e o prazo para o pagamento da remuneração.

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

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de vinte e quatro horas para responder ao chamado, presumida, no silêncio, a recusa.

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

§ 4º Revogado pela MPV 808/17.

§ 5º Revogado pela MPV 808/17.

§ 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas:

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

§ 8º Revogado pela MPV 808/17.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

§ 10 O empregado, mediante prévio acordo com o empregador, poderá usufruir suas férias em até três períodos, nos termos dos § 1º e § 2º do art. 134.

§ 11. Na hipótese de o período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o § 6º não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia do período de prestação de serviço.

§ 12. O valor previsto no inciso II do caput não será inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

§ 13. Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade,

vedada a aplicação do disposto § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213 de 1991.

§ 14. O salário maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do disposto no § 3º do art. 72 da Lei nº 8.213, de 1991.

§ 15. Constatada a prestação dos serviços pelo empregado, estarão satisfeitos os prazos previstos nos § 1º e § 2º. (NR)

Comentários:

Se o art. 443, caput e § 3º, da CLT introduz a figura do contrato intermitente ao Direito do Trabalho brasileiro, o art. 452-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/17 e substancialmente modificado pela Medida Provisória nº 808/17, minudencia os requisitos para a formalização de tal espécie de vínculo empregatício não contínuo.

O primeiro requisito do contrato de trabalho intermitente é que ele deve ser firmado entre empregado e empregador por escrito, devendo ser registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ainda que esteja previsto em acordo coletivo de trabalho e/ou em convenção coletiva de trabalho, não se admitindo as modalidades verbal e tácita do referido ajuste. A opção do legislador reformador é acertada, visto que o contrato de trabalho intermitente é exceção ao elemento da não-eventualidade, ínsito à maioria dos contratos de emprego. Considerando que toda exceção deve ser interpretada restritivamente e que o contrato de trabalho intermitente é exceção à continuidade dos vínculos de emprego, caso ele não seja celebrado por escrito, entende-se que haverá a desconsideração da natureza intermitente, considerando-se o vínculo como contrato a prazo indeterminado e não-eventual, sendo a maior consequência disso a consideração dos períodos alternados de inatividade como tempo à disposição do empregador, devendo o empregado ser remunerado com base na jornada diária de 8 (oito) horas e no módulo semanal de 44 (quarenta e quatro) horas, jornada ordinariamente praticada no mercado de trabalho brasileiro e prevista no art. 7º, XIII, da CF/88⁴⁹.

Entender o contrário seria tornar letra morta o caput do art. 452-A da CLT, que exige que o contrato de trabalho intermitente seja celebrado por escrito entre empregado e empregador. Sendo celebrado por escrito e estando devidamente registrado na CTPS do empregado, as regras do contrato intermitente previstas no dispositivo em comento serão plenamente aplicáveis às partes da relação de emprego não contínua.

49. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

Os incisos I a III do caput do art. 452-A da CLT preveem o conteúdo mínimo do contrato escrito. O inciso I prevê que na avença deve constar a identificação do empregado e do empregador, recomendando-se que ela seja o mais completa possível, com citação dos nomes completos e das numerações de RG, CPF, CTPS, PIS, CNPJ, entre outras inscrições, o domicílio das partes, se pessoas físicas, e, no caso do empregador pessoa jurídica, a sua sede, bem como a assinatura das partes contratantes.

Já o inciso II do novel artigo prevê a garantia de pagamento do valor da hora ou do dia trabalhado nunca inferior ao valor horário ou diário do salário-mínimo, até mesmo em respeito à garantia do salário-mínimo prevista no art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988⁵⁰. O mesmo dispositivo em comento prevê a remuneração do trabalho noturno superior ao do diurno, com a observação dos adicionais noturnos previstos em lei ou em norma coletiva. Ressalte-se que o artigo deve ser analisado em conjunto com o § 12 do art. 452-A da CLT, inserido pela MPV nº 808/17, que prevê a garantia de isonomia do valor da hora ou do dia de trabalho do empregado intermitente em relação aos demais empregados do mesmo estabelecimento que exerçam a mesma função, sejam estes últimos intermitentes ou não. É importante ser destacado que só haverá isonomia entre intermitentes e não-intermitentes que trabalhem no mesmo estabelecimento, adotando o artigo em comento o mesmo critério geográfico referente ao “mesmo estabelecimento empresarial” adotado pelo art. 461 da CLT, que trata da equiparação salarial. Se o empregado intermitente laborar em estabelecimento empresarial distinto do estabelecimento do trabalhador paradigma (mesmo que os dois estejam situados na mesma cidade ou região metropolitana), não ocorrerá a situação que enseja a isonomia salarial prevista no § 12 do art. 452-A da CLT.

Assim, a análise conjunta do inciso II do art. 452-A da CLT e do § 12 do mesmo dispositivo legal leva a concluir, forçosamente, que o empregador deverá pagar o valor do salário-mínimo hora ou diário caso não haja outros empregados, intermitentes ou não, que exerçam a mesma função e que percebam o valor da hora ou do dia trabalhado acima do salário-mínimo no mesmo estabelecimento. Caso no mesmo estabelecimento empresarial haja trabalhadores que percebam salário horário ou diário acima do valor correspondente ao salário-mínimo, será este o salário devido ao empregado

50. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

intermitente diante da previsão da garantia da isonomia salarial prevista no art. 452-A, caput e § 12, da CLT, e não o valor horário ou diário do salário-mínimo legal, tudo isso proporcional ao tempo efetivamente trabalhado (OJ nº 358 da SDI-1 do TST⁵¹). As novas disposições inseridas pela Medida Provisória nº 808/17 possuem o mesmo espírito de outras normas que garantem a isonomia salarial entre empregados, tal qual a prevista no art. 12, *a*, da Lei nº 6.019/74, que prevê a isonomia entre a remuneração do trabalhador temporário em relação à remuneração do trabalhador da mesma categoria da empresa tomadora, remuneração calculada à base horária, garantia, em qualquer hipótese, a percepção do salário-mínimo.

A disposição do inciso III do art. 452-A da CLT prevê que as partes do contrato de trabalho intermitente deverão estipular no contrato escrito o local e o prazo para o pagamento da remuneração decorrente da prestação dos serviços. Quanto ao local do pagamento dos salários, o inciso III do dispositivo em comento dá maior margem de pactuação às partes se comparado ao que está disposto no art. 465 da CLT⁵², pois este estipula que o pagamento dos salários dos empregados em geral será efetuado em dia útil e no local do trabalho, dentro do horário do serviço ou imediatamente após o encerramento deste, salvo quando efetuado por depósito em conta bancária. Assim, a remuneração e as demais parcelas previstas no § 6º do art. 452-A da CLT devidas ao empregado intermitente poderão ser pagas em local diverso de onde é prestado o trabalho intermitente como, por exemplo, na residência do empregado ou do empregador, muito embora seja recomendável a adoção da regra do art. 465 da CLT, ou seja, pagamento no local de trabalho ou por meio de depósito ou transferência em conta bancária de titularidade do trabalhador.

De igual forma, o mesmo inciso do caput do art. 452-A da CLT prevê uma flexibilidade quanto à estipulação do prazo para pagamento da remuneração pelos serviços intermitentes. O inciso III do art. 452-A da CLT, inserido pela MPV nº 808/17, estabelece regra diversa da redação original do § 6º do mesmo artigo, visto que na antiga disposição constava que o empregado receberia, de imediato, as parcelas a que faz jus a título de trabalho intermitente. A nova redação do § 6º não faz referência a prazo para pagamento das parcelas devidas ao empregado intermitente, remetendo o intérprete ao inciso III do art.

51. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Orientação Jurisprudencial nº 358*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

52. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

452 da CLT. É evidente que a antiga regra era bem mais favorável ao empregado intermitente ao já definir que o pagamento das parcelas devidas seria feito pelo empregador imediatamente ao término da prestação dos serviços. Questiona-se aqui se a nova regra é benéfica ao empregado, considerando que a subordinação jurídica, técnica e econômica se verifica desde o estabelecimento do contrato de trabalho e que este, normalmente, é um pacto de adesão da parte do obreiro, podendo, no mais das vezes, prevalecer a vontade do tomador dos serviços intermitentes quanto à data do pagamento das parcelas.

De toda sorte, entende-se que o inciso III do art. 452-A da CLT, referente ao prazo do pagamento, deve ser interpretado em cotejo com o caput do art. 459 da CLT e também com a regra prevista no § 11 do próprio artigo 452-A da CLT, que preveem expressamente que “o pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações⁵³” e que “na hipótese de o período de convocação (do intermitente) exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o § 6º não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia do período de prestação de serviço”. Assim, o prazo máximo para o pagamento das parcelas devidas ao empregado intermitente deverá ser de, no máximo, 30 (trinta) dias a contar do primeiro dia do período da prestação dos serviços, sob pena de estar configurada a mora salarial da parte do empregador, tudo diante da interpretação sistemática do inciso III com o § 11 do mesmo art. 452-A da CLT, em cotejo ainda com a regra do art. 459 da CLT, pois não se pode admitir que convocações iguais ou menores a um mês recebam tratamento discrepante do previsto para as convocações maiores previstas no § 11.

O empregado intermitente poderá ser convocado ao trabalho por qualquer meio de comunicação que possua eficácia de dar pleno conhecimento do chamamento empresarial em prazo mínimo de três dias de antecedência do início da prestação de serviços intermitentes (§ 1º). Em tal convocação o empregador, desde já, deverá informar qual será a jornada trabalhada, ou seja, o período em que o empregado deverá estar disponível à empresa para a prestação de serviços. Logicamente, essa jornada de trabalho deverá obedecer ao limite previsto no art. 7º, XIII, da Constituição Federal⁵⁴. Muito embora

53. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

54. “Art. 7º [...] 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

o artigo tenha dito menos do que deveria dizer (*minus dixit quam voluit*), logicamente, o empregador deverá informar ao empregado intermitente não só a jornada de trabalho, mas os dias e até os meses em que será praticada a jornada informada na convocação, até mesmo para que o empregado analise o chamamento empresarial e manifeste o seu interesse ou desinteresse quanto à prestação do serviço intermitente.

O § 1º utiliza uma expressão aberta ao dizer que a convocação para a prestação do serviço intermitente poderá ser efetuada “por qualquer meio de comunicação eficaz”. Nesse sentido, admite-se a utilização desde correspondências e telegramas, via correios, passando por telefones fixos ou celulares, bipes, pager, até as modernas ferramentas eletrônicas da rede mundial de computadores como e-mails com confirmação de leitura, aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais que possuam chats de comunicação instantânea por mensagens. Logicamente que o empregador deverá utilizar o meio mais eficaz que dispõe e que garanta a transmissão e o recebimento da mensagem de convocação ao serviço pelo empregado com, pelo menos, três dias corridos de antecedência, englobando dias úteis e não úteis. Deve ser ressaltado que o novo art. 452-B, III, da CLT facultou às partes estabelecerem as formas e os instrumentos pelos quais se darão a convocação e a resposta quanto à prestação do serviço intermitente.

Caso estipulado meio específico de comunicação entre as partes, seja pelo celular, e-mails, redes/mídias sociais, entre outros, a convocação e a resposta obrigatoriamente deverão se dar pelo canal escolhido, sob pena de ser considerada não efetuada tanto a convocação do empregador como a resposta do empregado. Logicamente, se tanto o empregador como o empregado, mesmo estando previsto no contrato meio específico de convocação e de resposta, comunicarem-se por meios diversos e a prestação de serviços intermitentes se concretizar, por ser o contrato de trabalho (inclusive o intermitente) de um contrato realidade (arts. 9º e 444 da CLT), a prestação dos serviços será válida e devidas serão ao obreiro, por óbvio, as parcelas previstas no § 6º do art. 452-A da CLT.

Os §§ 2º e 3º do art. 452-A da CLT estipulam a faculdade que o empregado possui para aceitar ou recusar a prestação de serviços intermitente ofertada pelo empregador. Caso o empregado recuse o serviço, tal não

coletiva de trabalho.” (BRASIL. *Constituição Federal (1988)*). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017).

importará descaracterização do vínculo empregatício, mantendo-se a subordinação jurídica, elemento fático-jurídico da relação empregatícia que importa em sujeição e dependência do empregado em relação ao seu empregador (art. 3º da CLT). Segundo Maurício Godinho Delgado a subordinação:

[...] deriva de sub (baixo) e ordinare (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de “submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência.”⁵⁵

É de bom alvitre lembrar que, fora o elemento não-eventualidade, os demais elementos da relação empregatícia encontram-se presentes no contrato de trabalho intermitente, quais sejam a subordinação, a onerosidade e a pessoalidade. Mesmo prevendo a faculdade de recusar a convocação do empregador, o § 3º do art. 452-A estipula que o obreiro intermitente continua submetido ao poder diretivo patronal, contraface da subordinação jurídica. Tanto é assim que o empregado poderá ser destinatário de novas convocações e não poderá infringir os deveres de lealdade e boa-fé decorrentes do contrato de trabalho e, mesmo nos períodos de inatividade, não deverá incidir nas justas causas obreiras do art. 482 da CLT, sob pena de aplicação das penalidades trabalhistas como a advertência, a suspensão e a dispensa por justa causa. Exemplos disso, e que evidenciam a continuidade da subordinação jurídica, mesmo diante da recusa da convocação ao trabalho pelo empregado, é o fato de que, mesmo em períodos de inatividade, o intermitente não pode realizar concorrência desleal ao seu empregador (art. 482, *c*, da CLT) e não pode praticar ato lesivo à honra e boa fama de seu empregador (art. 482, *k*, da CLT). No entanto, ressalte-se que, como óbvio, a negativa à convocação para o serviço intermitente não importa em ato de indisciplina ou de insubordinação previsto no art. 482, *h*, da CLT.

A faculdade concedida ao empregado em aceitar ou não a convocação é salutar, pois, tratando-se o contrato de trabalho intermitente de vínculo de emprego no qual as escalas de trabalho (jornadas) são móveis e aleatórias, com alto grau de imprevisibilidade sob a perspectiva do empregado, pode ser que a jornada de prestação de serviços objeto da convocação coincida com outra jornada de trabalho não-eventual ou mesmo intermitente que o empregado já esteja executando em favor de outros empregadores. Pode ser que, mesmo

não havendo coincidência da jornada intermitente com a jornada de outro labor, o empregado meramente não deseja abrir mão de seu descanso naquele dia objeto da convocação, por exemplo.

Com a nova redação do § 2º do art. 452-A da CLT, determinada pela Medida Provisória nº 808/17, o trabalhador possui vinte e quatro horas para manifestar ao seu empregador o desejo de aceitar a realização do serviço intermitente na jornada e nos períodos estipulados na convocação. A redação original do § 2º em comento previa o prazo de um dia útil, não sendo contados na contagem do prazo, por exemplo, os domingos e os dias feriados, algo que, em determinadas situações, conferia maior prazo para o empregado intermitente responder ao seu empregador. A nova redação do dispositivo não faz distinção quanto a dias úteis e não úteis, devendo a resposta do obreiro ser encaminhada ao empregador no prazo de 24 (vinte e quatro) horas corridas. Apesar de o artigo não mencionar o meio de comunicação que o empregado poderá utilizar para responder ao seu empregador, por questão de simetria com o § 1º do art. 452-A da CLT, entende-se que o empregado poderá valer-se de qualquer meio de comunicação eficaz, tais como telefones, *pager*, aplicativos de comunicação instantânea por mensagens e redes sociais, desde que garantam a ciência do empregador da vontade do obreiro, salvo se tiver anuído, em contrato, com meio de comunicação específico, na forma do art. 452-B, III, da CLT, como já comentado em linhas anteriores.

É interessante notar que o § 2º deixa claro que o silêncio do empregado, ou seja, a ausência de manifestação ante a convocação ao serviço, não importa anuência, possuindo valor de recusa ao serviço intermitente oferecido. Assim, vê-se que o artigo possui redação semelhante à parte final do art. 111 do Código Civil Brasileiro, que estabelece que “*o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa*”⁵⁶, pois exige-se declaração expressa de vontade do empregado para a aceitação da prestação de serviços intermitente, até mesmo para fins de aplicação de eventuais penalidades estabelecidas pelas partes no contrato escrito (art. 452-B, IV, da CLT) em caso de aceitação expressa da oferta e de não comparecimento do empregado intermitente ao trabalho.

Não obstante os §§ 1º e 2º do art. 452-A da CLT prevejam os prazos de três dias, no mínimo, entre a convocação do empregador e a realização

55. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 311.

56. BRASIL. *Código Civil (2002)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

dos serviços e de vinte e quatro horas para que o empregado responda à convocação, a melhor leitura do § 15 do mesmo dispositivo, inserido pela MPV nº 808/17 dá a entender que, muito embora não respeitados os prazos em questão, tendo sido realizados os serviços pelo empregado intermitente, tudo estará dentro da legalidade (conforme a expressão “satisfeitos os prazos previstos nos §1º e § 2º” constante no dispositivo em comento) e devidas serão ao intermitente as parcelas do § 6º.

Muito embora, de fato, seja o contrato de trabalho, inclusive o intermitente, um contrato realidade, ou seja, mais importando o fato da prestação dos serviços em si do que a formalidade que cerca a avença (arts. 9º e 444 da CLT), critica-se a mudança efetuada pelo Presidente da República via medida provisória, pois tornou os prazos de convocação e resposta dirigidos ao empregado e ao empregador meras “recomendações”. Ora, a redação dá oportunidade para que os empregadores passem a convocar o obreiro em prazos menores do que os previstos no § 1º do art. 452-A da CLT, algo que, definitivamente, não cumpre a finalidade do referido dispositivo legal que é possibilitar ao obreiro verificar a sua disponibilidade laboral para atender à convocação intermitente. E deve ser dito que o fato do empregador reiteradamente convocar o intermitente em prazo menor do que o mínimo de três dias não configurará a falta patronal da alínea “d” do art. 483 da CLT, ou seja, “não cumprir o empregador as obrigações do contrato”, visto que o § 15 do art. 452-A da CLT diz, peremptoriamente, que constatada a prestação de serviços pelo intermitente estarão satisfeitos os prazos previstos no § 1º e no § 2º do mesmo dispositivo legal, isentando o empregador de qualquer falta patronal pela convocação extemporânea. O mesmo se diga quanto ao empregado. Mesmo não respondendo positivamente ao chamado patronal no prazo de 24 horas corridas, apresentando-se ao trabalho e prestando os seus serviços, não haverá nenhuma falta obreira que possa ser capitulada no art. 482 da CLT e será considerada plena e válida a prestação do trabalho intermitente.

Destarte, a inserção do § 15 ao art. 452-A da CLT tornou, em nosso entender, letras mortas os prazos previstos no § 1º e no § 2º do mesmo dispositivo legal.

O § 4º do artigo em comento, que estabelecia penalidade na base de 50% da remuneração que seria devida tendo por base as horas de trabalho objeto da convocação para a parte do contrato de trabalho intermitente que não concedesse ou não prestasse o serviço objeto de convocação

regularmente aceita, foi revogado pela Medida Provisória nº 808/17. A matéria passou a ser regulada pelo novel art. 452-B, IV, da CLT, algo que será objeto de ulteriores comentários.

De igual forma, o § 5º do art. 452-A, que estabelecia que o período de inatividade não seria considerado como tempo à disposição do empregador e que dava permissão ao trabalhador intermitente para prestar serviços a outros empregadores foi revogado pela MPV nº 808/17. A matéria passou a ser regulada, de forma muito mais detalhada, pelo novo art. 452-C da CLT, inserido pela mesma medida provisória.

A nova redação do § 6º do art. 452-A da CLT, em sintonia com a previsão do inciso III do caput do mesmo dispositivo legal, determina que no prazo estipulado pelas partes para pagamento, o empregado fará jus, de imediato, à percepção, além dos valores referentes à remuneração, aos importes a título de descanso semanal remunerado, aos adicionais legais, a exemplo dos de insalubridade, de periculosidade, noturno e de horas extras, bem como às proporcionalidades referentes às férias mais o terço constitucional e ao décimo terceiro salário. O pagamento das proporcionalidades de férias e de décimo terceiro salário ao término de cada prestação de serviços intermitente é salutar, já que há a possibilidade jurídica do empregado não mais ser convocado a prestar serviços nos respectivos períodos aquisitivos das parcelas em questão.

A regra em questão é muito semelhante à estipulada no art. 4º, III, da Lei nº 12.023/09⁵⁷, que trata do trabalhador avulso não portuário, haja vista que tal dispositivo estabelece que serão realizados os pagamentos do repouso semanal remunerado, do 13º salário, das férias + 1/3, e dos adicionais legais ao trabalhador avulso logo após a prestação de serviços. A única diferença refere-se ao fato de que o pagamento efetuado ao trabalhador avulso é intermediado pelo sindicato, o que não ocorre com o trabalho intermitente, cujo pagamento da remuneração e das demais parcelas elencadas nos incisos do § 6º do art. 452-A da CLT é efetuado diretamente pelo empregador ao empregado intermitente. Foge à lógica do contrato de trabalho intermitente exigir que o empregado cumpra a regra do parágrafo único do art. 146 da CLT, ou seja, trabalhar em fração superior a quatorze dias no mês para ter direito à proporcionalidade da remuneração das férias mais o terço constitucional do período, sob pena de, na prática, inviabilizar o acesso a tal direito pelo

57. BRASIL. *Lei nº 12.023*, de 27 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112023.htm. Acesso em: 31 ago. 2017.

empregado. Assim, é mais razoável a aplicação da supracitada sistemática do empregado avulso.

De outra parte, a regra do § 7º do preceito em análise estipula a vedação ao pagamento dos valores devidos a título de trabalho intermitente sob uma única rubrica, vedando-se a prática conhecida como salário complessivo, ou seja, aquele que não permite ao empregado, por meio da análise do recibo de pagamento (contracheques ou holerites), saber exatamente quais são as parcelas que estão sendo pagas pelo empregador. Assim, no recibo de pagamento deverão ser discriminadas todas as parcelas devidas ao empregado conforme a enumeração constante no § 6º do art. 452-A da CLT. O dispositivo age em compasso com a Súmula nº 91 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo texto estipula a nulidade da cláusula contratual que determina o pagamento ao empregado por meio de uma única rubrica. A referida súmula assim está redigida:

SALÁRIO COMPLESSIVO (MANTIDA)—Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.⁵⁸

Caso haja o pagamento de salário complessivo, será presumido, *juris tantum*, que não estão incluídos no pagamento os adicionais legais, o descanso semanal remunerado, as férias mais o terço constitucional proporcional e o décimo terceiro salário proporcional, sendo o empregado credor de tais parcelas.

É importante ainda mencionar que, em compasso com o art. 464 da CLT, a prova do pagamento das parcelas constantes no § 6º referente ao contrato de trabalho intermitente se faz mediante recibo de pagamento elaborado conforme as prescrições do § 7º do art. 452-A da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/17.

O § 8º, que tratava dos recolhimentos previdenciários e dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do empregado intermitente, foi revogado pela Medida Provisória nº 808/17. A matéria passou a ser regulada pelos arts. 452-H e 911-A da CLT, ambos inseridos pelo Presidente da República via medida provisória.

A regra do § 9º estabelece que o empregado intermitente, após doze meses de efetivo trabalho ou não, adquirirá o direito de gozar de um mês de férias. As férias deverão ser concedidas nos períodos determinados pelo

empregador no período concessivo subsequente de doze meses, tudo conforme os arts. 134 e 136 da CLT. Deve ser mencionado que, pelo fato de a remuneração das férias mais o terço constitucional já ser paga após o término de cada período de prestação de serviços intermitente, o obreiro, em verdade, terá direito somente ao descanso quando do (s) período (s) de efetivo gozo das férias determinado (s) pelo empregador, não havendo a necessidade de pagamento de nova remuneração a título de férias, sendo inaplicáveis as disposições da Seção IV referentes à remuneração e ao abono de férias previstos no Capítulo IV da CLT que trata das férias anuais.

Na prática, o empregado ficará sem perceber qualquer remuneração no período das férias, visto que já a percebeu antecipadamente quando do término de cada período de prestação de serviços intermitentes. No período das férias, o empregador deverá se abster de convocar o empregado para a realização de serviços intermitentes. Considerando que no período de gozo das férias não há pagamento de qualquer remuneração, as férias do intermitente deixaram de ser causa de interrupção contratual e passaram a ser motivo de suspensão do contrato de trabalho? Crê-se que não. As férias do intermitente devem continuar a ser classificadas como causa de interrupção contratual, visto que, muito embora a remuneração das férias mais o terço constitucional não seja paga no prazo previsto no art. 145 da CLT (dois dias antes do início do período de gozo), elas são pagas antecipadamente, quando do término de cada prestação de serviços intermitentes. Assim, tecnicamente, não se pode dizer que as férias do empregado intermitente não são remuneradas. Elas o são, mas de forma antecipada, quando do término de cada prestação de serviços. Assim, o empregado em suas férias abstém-se de sua obrigação de prestar serviços e o empregador continua com a obrigação de pagar a remuneração das férias, mas nos serviços intermitentes essa obrigação é cumprida pelo empregador antecipadamente quando do término de cada período de prestação de serviços, o que não desnatura a qualidade de interrupção contratual da suspensão da prestação de serviços quando do gozo das férias.

O § 10 do art. 452-A da CLT espanca qualquer dúvida quanto à possibilidade de parcelamento, em até três períodos, das férias do empregado intermitente, reafirmando a regra prevista no § 1º e no § 2º do art. 134 da CLT, para a qual se remete o leitor. Apenas deverá haver prévio acordo entre o empregado intermitente e o seu empregador, algo que equivale à “concordância do empregado” com o parcelamento, conforme previsto no § 1º do

58. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 91*. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

art. 134 da CLT, visto que não se pode falar em acordo sem a vontade (concordância) de ambas as partes.

A Medida Provisória nº 808/17 inseriu o § 11 ao art. 452-A da CLT com o objetivo de definir que, quando o período de convocação do empregado intermitente for superior a um mês, o pagamento das parcelas previstas no § 6º não poderá ser estipulado por período superior a um mês. A disposição casa perfeitamente com o estabelecido no art. 459 da CLT que trata do tempo do pagamento da remuneração, estabelecendo o referido dispositivo celetista que:

Art. 459 – O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.⁵⁹

Apenas deve ser ressaltado que, por haver previsão específica no § 11 do art. 452-A da CLT, não se aplica a regra de pagamento da remuneração do intermitente até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido (§ 1º do art. 459 da CLT), visto que a contagem do prazo para pagamento de trinta dias (um mês) se dará a partir do primeiro dia do período de prestação de serviços. Assim, o dia do vencimento do prazo para pagamento das parcelas do § 6º do art. 452-A da CLT poderá não coincidir com o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido. O dispositivo em comento é complementar à regra do inciso III do caput do art. 452-A da CLT, que já foi objeto de análise nesta obra.

O § 12 do art. 452-A da CLT, que trata da isonomia do valor da hora ou do dia do trabalhador intermitente com o valor horário ou diário da remuneração dos demais empregados, intermitentes ou não, do mesmo estabelecimento e que exerçam a mesma função já foi objeto de análise quando dos comentários pertinentes ao inciso II do art. 452-A da CLT, para o qual se remete o leitor a fim de se evitarem repetições desnecessárias.

A Medida Provisória nº 808/17 trouxe regras específicas quanto a dois benefícios previdenciários a que faz jus o trabalhador intermitente caso ele adquira e mantenha a qualidade de segurado da Previdência Social (algo que será explicado com mais propriedade nos comentários ao art. 911-A da CLT): o auxílio-doença, acidentário ou comum, e o salário-maternidade. Quanto ao primeiro benefício, o auxílio-doença, o § 13 do art. 452-A da CLT

59. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

expressamente desonera o empregador de arcar com os salários do empregado intermitente durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento, sendo obrigação da Previdência Social arcar com o benefício desde o dia do início da incapacidade, visto que o dispositivo exclui a aplicação do § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213/91, que assim se encontra redigido:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

(...)

§ 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.⁶⁰

Observando a lógica do contrato de trabalho intermitente, que, nos termos do art. 452-C, caput e § 2º, da CLT, considera como tempo à disposição e que deve ser devidamente remunerado pelo empregador somente o período abrangido pela convocação onde o empregado esteja efetivamente laborando ou aguardando ordens, excluindo-se todo e qualquer período de inatividade, a regra do § 13 do art. 452-A da CLT se justifica. Ora, se os períodos de inatividade não são considerados como tempo à disposição e não são remunerados, seria juridicamente contraditório imputar ao empregador o pagamento dos salários referentes aos quinze primeiros dias de afastamento conforme a regra prevista no § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213/91. Destarte, o pagamento do auxílio-doença, seja ele comum (B-31) ou acidentário (B-91) do trabalhador intermitente, será de responsabilidade da Previdência Social desde o primeiro dia da incapacidade.

Os mesmos fundamentos expostos nos comentários ao § 13 do art. 452-A da CLT justificam a redação do § 14, que diz respeito ao fato de que o salário-maternidade da trabalhadora intermitente será pago diretamente pela Previdência Social, conforme o § 3º do art. 72 da Lei nº 8.213/91, que assim se encontra redigido:

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

(...)

60. BRASIL. *Lei nº 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017.

§ 3º O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social.⁶¹

O fato dos períodos de inatividade do intermitente não serem levados em conta como tempo à disposição e não serem remunerados justifica a inserção do § 14 ao art. 452-A pela MPV nº 808/17, pois o empregador só estará obrigado a remunerar a empregada intermitente pelos períodos efetivamente laborados ou em que estiver aguardando ordens durante o período da convocação. Assim, em compasso com a natureza jurídica do contrato de trabalho intermitente, o dispositivo em comento transferiu a responsabilidade do pagamento do benefício do salário-maternidade em favor da empregada intermitente para Previdência Social, nos moldes como já é procedido com a trabalhadora avulsa e com as empregadas de microempreendedores individuais.

O § 15 do art. 452-A da CLT, que trata da satisfação dos prazos de convocação e resposta para a prestação de trabalho intermitente, já foi objeto de análise quando dos comentários pertinentes ao § 1º e ao § 2º do art. 452-A da CLT, ao qual remetemo-nos com o fim de evitar repetições desnecessárias.

Marcelo Palma de Brito

61. **Ibidem.**

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 452-B. É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente:

I – locais de prestação de serviços;

II – turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços;

III – formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços;

IV – formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados nos termos dos § 1º e § 2º do art. 452-A.

Comentários:

Se o art. 452-A, caput, da CLT estipula os requisitos obrigatórios que devem constar no contrato escrito intermitente, o art. 452-B da mesma consolidação, novidade inserida pela Medida Provisória nº 808/17, faculta às partes inserirem cláusulas que versem sobre as temáticas enumeradas nos quatro incisos do referido dispositivo. No entanto, por se tratar de uma faculdade conferida aos contratantes, caso o contrato de trabalho intermitente não verse sobre alguns ou nenhum dos requisitos enumerados nos incisos do art. 452-B da CLT, não haverá nulidade da avença entabulada entre as partes.

O inciso I prevê que poderá ser estipulado o(s) local(is) da prestação dos serviços, com a previsão, por exemplo, de que os serviços serão executados em determinado estado da federação, região, município, bairro ou estabelecimento da empresa ou de terceiros. O dispositivo trata-se de cláusula aberta, podendo ser objeto de livre estipulação entre as partes. Por disposição do inciso II do art. 452-B da CLT, poderão as partes convencionar em contrato escrito os turnos em que serão realizados os serviços intermitentes. Pode ser estipulado um turno fixo de trabalho, entre os turnos diurno, vespertino e noturno, ou, então, as partes poderão convencionar o labor intermitente em turnos ininterruptos de revezamento, observadas as limitações da jornada diária de trabalho previstas no art. 7º, XIV, da CF/88⁶², o estabelecido na Orientação Jurisprudencial nº 360 da SDI-1 do Tribunal Superior do

62. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.”

Trabalho⁶³ e, por fim, o período de convocação para o trabalho.

O inciso III do art. 452-B da CLT prevê que as partes possuem a faculdade de elegerem no contrato escrito as formas e instrumentos de convocação e de resposta que considerem mais eficaz. Vários são os meios de comunicação passíveis de serem utilizados pelo empregado e pelo empregador para veicularem tanto a comunicação como a resposta referente à convocação para a prestação dos serviços intermitente, tudo conforme comentários tecidos ao § 1º do art. 452-A da CLT. Caso as partes estipulem meio específico de comunicação, seja por via de telefone fixo ou celular, e-mails, redes/mídias sociais, chats de comunicação instantânea via internet, dentre outros, a convocação e a resposta obrigatoriamente deverão se dar pelo canal escolhido, sob pena de ser considerada não efetuada tanto a convocação do empregador como a resposta do empregado intermitente. Não obstante, se tanto o empregador como o empregado, mesmo havendo previsão contratual de meio específico de convocação e de resposta, se comunicarem por instrumentos diversos dos previstos na avença e a prestação de serviços intermitentes se concretizar, por se tratar o contrato de trabalho (inclusive o intermitente) de um contrato realidade (arts. 9º e 444 da CLT), a prestação dos serviços será válida e devidas serão ao obreiro, por óbvio, as parcelas previstas no § 6º do art. 452-A da CLT.

O inciso IV do art. 452-B da CLT, rompendo com a lógica do texto original da Lei nº 13.467/17, estabelece que é faculdade das partes conveniarem ou não forma de reparação recíproca (cláusula penal) caso haja cancelamento, tanto da prestação de serviços da parte do empregado como do oferecimento dos serviços da parte do empregador após aceita a convocação pelo empregado nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 452-A da CLT. O texto do revogado § 4º do art. 452-A da CLT previa penalidade para ambas as partes do contrato de trabalho intermitente. Caso o empregado manifestasse expressamente a sua aceitação em executar a jornada intermitente oferecida pelo empregador e não comparecesse à escala de serviços sem motivo devidamente justificado, deveria, pelo texto revogado, pagar ao empregador, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que lhe seria devida tendo por base as horas de trabalho objeto da convocação. O mesmo aplicava-se

63. “OJ-SD11-360 – TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. DOIS TURNOS. HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. CARACTERIZAÇÃO (DJ 14.03.2008) Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta.

ao empregador. Caso o empregado manifestasse aceitação à convocação a ele endereçada e, no dia e no horário do início da prestação de serviços, o empregador, sem justo motivo, não lhe fornecesse os serviços para prestar de forma injustificada, deveria pagar, também no prazo de trinta dias, metade da remuneração que seria devida ao empregado em decorrência da realização dos serviços. As partes poderiam, de comum acordo, estabelecer uma forma de compensação, no prazo de trinta dias, para elidir a multa de 50%.

A penalidade, que antes era um dispositivo de lei cogente, passou a ser mera faculdade das partes que podem estabelecer formato de reparação recíproca igual ou diverso da penalidade anteriormente adotada pela revogada redação do § 4º do art. 452-A da CLT, podendo haver a previsão de justificativas para ambas as partes ou formas de compensação para elidir eventual reparação/penalidade prevista em contrato. Aliás, as partes podem, inclusive, quedar-se inertes e não estipularem no contrato nenhuma forma de reparação caso haja o cancelamento da prestação serviços previamente agendada e aceita, com ou sem justo motivo, independentemente de quem deu causa ao referido cancelamento.

Muito embora o inciso IV do art. 452-B da CLT tenha relegado às partes a faculdade de preverem ou não em contrato cláusula penal que regule a reparação por inadimplemento contratual quanto ao cumprimento da prestação pactuada, entende-se que o fato do empregador reiteradamente convocar o empregado e dar causa injustificada à não prestação de serviços poderá ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho pelo motivo previsto no art. 483, “d”, da CLT pelo fato de não cumprir as obrigações do contrato de trabalho. De igual forma, reiteradas ausências injustificadas do empregado que aceitou a convocação dentro do prazo de vinte e quatro horas poderão ensejar a sua dispensa por justa causa pelo motivo previsto no art. 482, “e”, da CLT, pois configurada a desídia no exercício de suas funções. Por óbvio que deverão ser observados os requisitos para a aplicação da penalidade máxima ou ajuizamento de reclamação trabalhista onde se pleiteie rescisão indireta do contrato de trabalho intermitente, como, por exemplo, a vedação da dupla penalização pelo mesmo fato, a ausência de perdão tácito, a proporcionalidade entre a falta e a penalidade aplicada e a gradação das penalidades.

Marcelo Palma de Brito

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 452-C. Para fins do disposto no § 3º do art. 443, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A.

§ 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.

§ 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

Comentários:

O art. 452-C da CLT cuida de inovação introduzida pela Medida Provisória nº 808/17, que regulamenta, de forma mais minudente, o que se entende como tempo à disposição e inatividade não remunerada citados no § 3º do art. 443 da CLT. O dispositivo em análise regula a questão de forma mais completa que o revogado § 5º do art. 452-A da CLT.

O novo dispositivo, em seu caput, preferiu conceituar, em primeiro lugar, o período de inatividade, definindo-o, por exclusão, como sendo aquele em que o empregado não se encontra convocado e tenha prestado serviços ao seu empregador. O §2º do art. 452-C da CLT dispõe que tal período de inatividade não será remunerado e não será computado como tempo à disposição para qualquer fim. Assim, interpretando o caput e o §2º do artigo em comento, deve ser considerado tempo à disposição tão somente o período em que o obreiro estiver cumprindo ou aguardando ordens durante os períodos de convocação ao serviço. Assim, serão desprezados os períodos de inatividade não compreendidos nas escalas de convocação ao serviço intermitente e, por conseguinte, eles não serão remunerados pelo empregador.

Em tal sentido, os períodos de inatividade em horas, em dias e até em meses não compreendidos nas escalas de convocação ao serviço intermitente são desprezados para fins de consideração do tempo à disposição e, por conseguinte, eles não serão remunerados pelo empregador. O empregado só saberá a quantia que receberá do empregador por todo o serviço intermitente,

via de regra, a partir dos três dias que devem anteceder o início da prestação de serviços (§1º do art. 452-A da CLT), quando, ciente de sua jornada, terá condições de realizar o cálculo da remuneração devida levando em conta o valor da hora de trabalho contratado com o empregador.

Deve ser mencionado que a parte final do §2º do art. 452-C da CLT prevê que, caso haja remuneração dos períodos de inatividade pelo empregador como tempo à disposição, o contrato de trabalho intermitente restará descaracterizado. Neste caso, os períodos de “inatividade remunerada” serão considerados tempo à disposição e o contrato de trabalho será enquadrado como vínculo de emprego não eventual e indeterminado, encaixando-se na regra geral do caput do art. 443 da CLT. O dispositivo em questão, da forma como está redigido, infelizmente, inibe que o empregador estabeleça no contrato, de comum acordo com o empregado, uma salvaguarda financeira pelo período da inatividade como, por exemplo, o pagamento de percentual da remuneração nos períodos de inatividade, tal como acontece, por exemplo, no contrato intermitente português por força de lei (cujo artigo 159º do Código do Trabalho Português⁶⁴ prevê a remuneração do tempo de inatividade na base de 20% do valor devido ao empregado quando este está em atividade) modelo que mereceu comentários específicos quando da análise do §3º do art. 443 da CLT, para o qual remetemos o leitor.

No entanto, em nosso entender, em prestígio da prevalência das negociações coletivas até mesmo sobre dispositivos legais, prevista no art. 611-A, caput, da CLT, nada impede que os sindicatos patronais e profissionais, por meio de convenção coletiva de trabalho, ou um ou mais sindicatos profissionais e uma ou mais empresas, via acordo coletivo de trabalho, estabeleçam, por exemplo, que o tempo de inatividade será proporcionalmente remunerado com pagamento de apenas um percentual da remuneração, ou outra forma, o obreiro receberá alguma compensação econômica pelos períodos em que não estiver convocado. Tal situação, se prevista de forma detalhada e específica em normas coletivas, não descaracterizará o contrato intermitente (pois prevaleceria o negociado sobre o legislado) e será mais benéfica ao empregado contratado sob tal modalidade, eis que garantirá um mínimo rendimento ao empregado mesmo durante a inatividade, sem que este período seja considerado tempo à disposição, e incentivaria o empregador a convocar o trabalhador com mais frequência diante do ônus financeiro da inatividade

64. PORTUGAL. *Código do Trabalho Português*. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_index.html>. Acesso em: 31 ago. 2017.

estabelecida via norma coletiva.

O § 1º do art. 452-C da CLT ainda estabelece que o empregado intermitente poderá estabelecer vínculos de emprego contínuos ou intermitentes com outros empregadores para a prestação ou não da mesma atividade que é objeto do contrato de trabalho intermitente. Nesse sentido, o dispositivo evidencia que o contrato de trabalho intermitente não deve possuir cláusula de exclusividade quanto à prestação de serviços, não impedindo a celebração de outros vínculos de emprego, intermitentes ou não, pelo empregado junto a outros tomadores. Assim, um trabalhador intermitente pode firmar um contrato de trabalho por tempo indeterminado ou determinado que exija comparecimento não eventual ou, então, até mesmo outros contratos de trabalho intermitentes, compatibilizando as jornadas de trabalho dos demais vínculos de emprego com as convocações ao serviço realizadas pelo seu empregador intermitente. Isso é possível até mesmo diante do fato de que o § 2º e o § 3º do art. 452-A da CLT permitem a recusa pelo empregado da convocação realizada pelo empregador para a prestação de serviços intermitente.

Considerando que o contrato de trabalho intermitente é um vínculo em que a aleatoriedade e a imprevisibilidade quanto à prestação de serviços e à quantidade da remuneração devida/recebida pesam em desfavor do empregado, entende-se que o dispositivo estabelece a vedação de celebração de cláusula que preveja a exclusividade da prestação de serviços apenas ao empregador que contratou os serviços intermitentes. Ora, entender-se o contrário seria praticamente retirar do empregado a possibilidade de sustentar a si e a sua família, visto que não há nenhuma previsão na lei de salvaguardas no contrato intermitente como, por exemplo, a garantia de prestação de número mínimo de horas durante a semana ou de pagamento de percentual da remuneração nos períodos de inatividade. Sem essas e outras salvaguardas, o empregado, para manter as suas necessidades vitais e para honrar os seus compromissos financeiros que, muitas vezes, possuem periodicidade mensal, deverá lançar mão de outros vínculos empregatícios. Destarte, a exclusividade é elemento incompatível com o estabelecimento do contrato de trabalho intermitente, sendo que, caso as partes estabeleçam tal cláusula contratual, ela é nula de pleno direito (arts. 9º e 444 da CLT). Tudo isso resulta da interpretação do § 1º do art. 452-C da CLT, tendo em vista o princípio da proteção (art. 7º, caput, da CF/88⁶⁵)

Marcelo Palma de Brito

65. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 452-D. Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente.

Comentários:

O artigo 452-D da CLT, novidade inserida pela Medida Provisória nº 808/17, estabelece um limite temporal de vigência do contrato de trabalho intermitente caso o empregador não convoque o seu empregado para lhe prestar serviços: o prazo de um ano sem convocação a contar da celebração do contrato de trabalho, caso nunca tenha havido convocação, da última convocação que, muito embora efetuada pelo empregador, foi recusada ou não foi expressamente aceita pelo trabalhador intermitente e, por fim, do último dia da prestação de serviços intermitentes em convocação aceita pelo obreiro. O que ocorrer por último será considerado termo inicial para a contagem do prazo máximo de um ano em que o empregado intermitente poderá ficar desconvidado. A partir de um ano e um dia sem convocação do obreiro, a lei considera “rescindido” de pleno direito o contrato de trabalho intermitente.

Considerando que a expressão “rescisão” adotada pelo dispositivo em comento pode ser tida como gênero das espécies de extinção contratual, o término do contrato intermitente de pleno direito por não convocação, prevista no art. 452-D da CLT, poderia ser classificado como rescisão, resilição ou resolução contratual⁶⁶?

De rescisão não se trata, pois não há nenhum vício (nulidade) que afete a higidez jurídica do contrato de trabalho intermitente. Não há falar, também, em resolução do vínculo intermitente, visto que a não convocação do obreiro pelo seu empregador, após decorrido o período de um ano, não pode ser enquadrada, rigorosamente, no conceito de inadimplemento contratual, não podendo ser equiparada às faltas patronais previstas no art. 483 da CLT. Em verdade, o mais correto seria enquadrar a “rescisão” de pleno direito do contrato de trabalho, prevista no dispositivo ora analisado, como forma de resilição contratual unilateral da parte do empregador, ou seja, alçando a

66. Quanto às diferenças conceituais das modalidades de extinção do contrato de trabalho, quais sejam, rescisão, resilição, reporta-se o leitor aos comentários à nova redação do art. 477 da CLT.

situação ao mesmo patamar da dispensa sem justa causa, visto que é o empregador, que não convocou o obreiro para lhe prestar serviços por mais de 01 (um) ano, que dá causa à ruptura do vínculo.

Em decorrência da descontinuidade na prestação de serviços intermitentes, ou seja, da alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, há uma manifesta imprevisibilidade quanto ao evento da prestação de serviços em si (se), no que diz respeito ao tempo da prestação (quando) e no que se refere ao valor da remuneração a ser paga/recebida (*quantum*), isso no que respeita a ambas as partes da relação empregatícia, muito embora os seus efeitos sejam sentidos com maior intensidade pelo obreiro que depende da percepção de sua remuneração para suprir as suas necessidades materiais, o que só ocorrerá ao final de cada evento descontínuo de prestação de serviços intermitentes. Como já ressaltado nos comentários ao § 3º do art. 443 da CLT, o contrato de trabalho intermitente carrega em si um aspecto aleatório, pois depende da demanda de serviços do tomador de serviços que, em determinado período, cioso por aumentar a sua produção ou a circulação de bens ou serviços em setores, como por exemplo, bares e restaurantes, convoca os trabalhadores quando entender necessário.

É inegável que esse tipo de contrato, por conter um forte elemento aleatório, transfere parte do risco empresarial, mesmo que mínimo, ao trabalhador intermitente, pois este, para perceber a sua remuneração, fica dependente das variações do setor econômico de atuação do seu empregador, muito embora o art. 2º, caput, da CLT diga que é o empregador quem assume os riscos de sua atividade econômica. Ora, mas o empregador continua assumindo os riscos de seu empreendimento, sendo que se não houve convocações por período superior a um ano da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia da prestação de serviços, o que ocorreu por último, tal decorreu das variações da atividade econômica patronal, não podendo esse ônus ser transferido ao empregado. O empregado intermitente, repita-se, já possui o ônus de não possuir uma previsibilidade no que diz respeito se e quando prestará o serviço e quanto perceberá pela prestação de serviços ao empregador.

Nestes termos, a “rescisão de pleno direito” do contrato de trabalho intermitente, após transcorridos um ano de não convocação para a prestação de serviços, deveria ter sido equiparada, para todos os efeitos, à dispensa sem justa causa dos empregados não intermitentes, com o pagamento integral das verbas resilitórias correspondentes. Assim é, visto que o risco da

atividade econômica pertence ao empregador, mesmo no contrato de trabalho intermitente, logicamente com as peculiaridades referentes à referida avença trabalhista.

De fato, analisando o art. 452-E da CLT, que será objeto dos próximos comentários, vê-se que o Presidente da República equiparou a rescisão de pleno direito por não convocação do intermitente à dispensa sem justa causa. No entanto, de maneira criticável, o fez a menor se comparado ao empregado comum, visto que o intermitente, seja por extinção do contrato por não convocação por tempo superior a um ano, seja por dispensa sem justo motivo, só possuirá direito a 50% (cinquenta por cento) do aviso prévio indenizado e da indenização sobre o saldo dos depósitos de FGTS (20%), e ao saque de apenas 80% (oitenta por cento) dos depósitos do referido fundo, estando vedado o acesso ao benefício do seguro-desemprego. Em verdade, o Presidente da República, por meio da MPV nº 808/17, equiparou os efeitos pecuniários da rescisão contratual por não convocação do obreiro intermitente por mais de um ano às consequências financeiras do distrato trabalhista previsto no art. 484-A da CLT.

Por fim, deve ser ressaltado que a limitação temporal de não convocação do intermitente, estabelecida pelo artigo em análise, põe fim às críticas efetuadas na 1ª edição desta obra quando dos comentários ao revogado § 8º do art. 452-A da CLT que tratava do recolhimento das contribuições previdenciárias e dos depósitos de FGTS do empregado intermitente. Naquela ocasião criticou-se o fato da possibilidade do empregado intermitente poder ficar desconvidado por período superior a 12 (doze) meses e, nos termos do inciso II do art. 15 da Lei nº 8.213/91⁶⁷, por não exercer atividade remunerada no período de inatividade e pelo fato do sistema previdenciário brasileiro ser contributivo, perder a qualidade de segurado da Previdência Social. Diante do texto do novel art. 452-D da CLT, as críticas anteriormente efetuadas perdem sentido, pois decorridos um ano sem convocação do empregado para a prestação de serviços, o pacto laboral restará resilido. A situação previdenciária do trabalhador intermitente, estabelecida pelos novos textos dos arts. 452-H e 911-A da CLT, será mais bem analisada oportunamente.

67. “Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: (...) II – até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração.” (BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017)

Conclui-se que o estabelecimento de limite temporal de inatividade do obreiro intermitente é fato positivo, pois diminuiu, de certa maneira, a aleatoriedade da nova modalidade de contratação trabalhista, tendo a potência de incentivar o empregador a convocar com mais regularidade o seu obreiro, sob pena de ver o vínculo empregatício rompido de “pleno direito”. No entanto, a opção política do Presidente da República em equiparar os efeitos pecuniários do rompimento por não convocação por período superior a um ano às consequências financeiras do distrato trabalhista foi infeliz, visto que o rompimento do vínculo guarda origem somente no empregador que não convoca o seu empregado, não havendo concorrência de vontade do empregado na rescisão do pacto intermitente. Os comentários ao art. 452-E da CLT analisarão de maneira mais específica a questão.

Marcelo Palma de Brito

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 452-E. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias:

I – pela metade:

- a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F; e
- b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço–FGTS, prevista no § 1º do art. 18 da Lei. Nº 8.036, de 11 de maio de 1990; e

II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção de contrato de trabalho intermitente permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, limitada a até oitenta por cento do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.” (NR)

Comentários:

A Medida Provisória nº 808/17 incluiu no texto celetista o art. 452-E, que trata das parcelas resilitórias devidas ao empregado intermitente em razão do rompimento do vínculo empregatício. É interessante notar que o artigo é quase que uma cópia integral do art. 484-A da CLT, outra novidade que inseriu no ordenamento jurídico a figura da rescisão bilateral do contrato de trabalho, mais conhecida por distrato.

Pelo texto do novo dispositivo em análise, nas hipóteses em que a iniciativa do rompimento do vínculo empregatício intermitente não partirem do empregado, serão devidos ao trabalhador apenas metade do valor do aviso prévio indenizado, metade da indenização sobre os depósitos de FGTS constantes na conta vinculada, ou seja, 20% (vinte por cento), saque de somente 80% (oitenta por cento) dos depósitos de FGTS e serão devidas integralmente as demais verbas rescisórias. Mesmo que o desemprego seja involuntário, o § 2º do art. 452-E da CLT diz que o trabalhador intermitente não terá acesso ao benefício do seguro-desemprego.

O artigo em análise apenas ressalva as hipóteses de dispensa com justa

causa do empregado, previstas no art. 482 da CLT, ocasião em que obreiro só terá direito aos salários, férias integrais + 1/3 e 13º integral, e as situações de rescisão indireta do contrato de trabalho, elencadas no art. 483 da mesma consolidação, ocasião em que o intermitente terá direito ao valor integral do aviso prévio indenizado, aos 40% (por cento) de indenização sobre o saldo da conta vinculada, a levantar todos os depósitos de FGTS, e terá acesso ao benefício do seguro-desemprego. Apesar do art. 452-E da CLT dizer menos do que deveria dizer (*minus dixit quam voluit*), nas situações em que o obreiro pede demissão, ou seja, rescisão unilateral de iniciativa do empregado, só lhe serão devidos os salários e as verbas rescisórias do inciso II do art. 452-E da CLT. Assim é, pois, no caso do aviso prévio, nos termos do art. 487, caput e § 2º, da CLT, o empregado demissionário é que deve conceder aviso ao seu empregador, sob pena de desconto dos salários correspondentes ao período do aviso prévio e, no caso do FGTS, o art. 18 da Lei 8.036/90⁶⁸ não prevê pagamento de indenização sobre os depósitos e a liberação dos valores constantes em conta vinculada em caso de pedido de demissão do obreiro. Da mesma forma, por se tratar a demissão de desemprego voluntário, não é devido o benefício do seguro-desemprego. Assim, a toda evidência, muito embora o art. 452-E da CLT tenha utilizado a vaga expressão “na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente”, ele não é aplicável quando do pedido de demissão do trabalhador intermitente.

A escolha política do Presidente da República é bastante criticável, visto que trata de maneira inferior a dispensa sem justa causa do empregado intermitente se comparada à dispensa sem justa causa do empregado comum. Não há justificativa plausível para se equiparar a dispensa sem justa causa ou, mesmo a rescisão por não convocação do empregado durante o período de um ano, aos efeitos do distrato trabalhista previsto no art. 484-A da CLT. Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que não há nenhum acordo de vontades entre patrão e empregado no sentido de pôr fim ao vínculo de emprego. No distrato trabalhista ao menos há a convergência de vontades para encerrar o contrato de trabalho. Na dispensa sem justa causa do empregado intermitente o desemprego deste é involuntário, não havendo nenhum acordo. Nem mesmo na rescisão por não convocação do obreiro intermitente há qualquer vontade do trabalhador na extinção do vínculo, eis que foi o seu empregador

que optou, em primeiro lugar, em contratá-lo como intermitente e, em segundo lugar, em não convocá-lo dentro do período máximo de um ano.

Não há dúvidas de que o desemprego do intermitente é involuntário, nas hipóteses de dispensa sem justa causa e mesmo na rescisão por não convocação. Não obstante, a lei veda, de maneira peremptória, o seu acesso ao benefício do seguro-desemprego, criando uma estranha exceção à previsão do art. 2º, I, da Lei nº 7.998/90⁶⁹. Da mesma forma, igualmente criticável é a escolha política de permitir ao obreiro o acesso a apenas 80% (oitenta por cento) dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço constantes em sua conta vinculada, bem como a somente 20% (vinte por cento) da indenização do saldo da referida conta. Ora, qual é a diferença jurídica entre a dispensa sem justa causa do empregado comum e a do empregado intermitente? Ambas não guardam origem na vontade do empregador que, num ato de denúncia vazia do contrato de trabalho, dá fim ao vínculo estabelecido entre as partes? E mesmo a rescisão por não convocação não guarda origem na escolha do próprio empregador em não convocar o seu empregado, empregador este que deve assumir os riscos de sua atividade econômica (art. 2º da CLT)? O dispositivo cria exceção, igualmente criticável, à disposição constante no art. 18, caput e parágrafos, da Lei nº 8.036/90. O mesmo raciocínio estende-se ao pagamento de apenas metade do valor do aviso prévio indenizado.

Destarte, conclui-se que a opção política do Presidente da República em equiparar os efeitos pecuniários do rompimento do vínculo intermitente ao distrato trabalhista foi infeliz, criando injustificável desnível entre o empregado intermitente e o empregado comum. A Medida Provisória nº 808/17 aprofundou o desnível entre o trabalhador intermitente e o não intermitente, algo que, ao menos quanto aos efeitos financeiros do rompimento do vínculo, não existia no texto original da Lei nº 13.467/17. O ideal é que a extinção dos vínculos intermitentes, quanto às parcelas rescisórias devidas e ao acesso ao benefício do seguro-desemprego, recebesse o mesmo tratamento da extinção contratual do trabalhador comum.

Marcelo Palma de Brito

68. BRASIL. *Lei nº 8.036*, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 04 dez. 2017.

69. BRASIL. *Lei nº 7.998*, 11 de janeiro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998.htm>. Acesso em: 04 dez. 2017.

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 452-F. As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente.

§ 1º No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior.

§ 2º O aviso prévio será necessariamente indenizado, nos termos dos § 1º e § 2º do art. 487. (NR)

Comentários:

O dispositivo em questão trata da forma de cálculo das verbas rescisórias e do aviso prévio do empregado intermitente. Analisando em conjunto o caput e o § 1º do art. 452-F da CLT, vê-se que deverá ser realizada uma média aritmética simples das remunerações recebidas pelo intermitente, levando-se em consideração tão somente os meses em que ele recebeu remuneração por serviços prestados nos doze meses que antecedem a extinção contratual. Logicamente que se o contrato teve vigência por menos de doze meses, serão considerados os meses em que o empregado recebeu remuneração dentro do prazo de vigência da avença.

No entanto, ao falar de verbas rescisórias, ao menos quanto às ordinariamente devidas em caso de extinção contratual (férias proporcionais + 1/3, 13º salário proporcional, aviso prévio indenizado e indenização de 40% do FGTS, ou seja, aquelas que variam conforme a modalidade de extinção do vínculo empregatício) ao menos à primeira vista, parece que a regra do art. 452-F da CLT é aplicável somente para o cálculo do valor do aviso prévio indenizado. Explica-se.

Conforme a redação do art. 452-A, inciso III e §6º, no prazo acordado pelas partes após a prestação de cada serviço intermitente, serão imediatamente pagos os valores das férias proporcionais + 1/3 e do 13º salário proporcional. Ou seja, no prazo fixado entre as partes em relação a cada período de prestação de serviços intermitentes objeto de convocação, o empregador já tem que pagar as férias proporcionais + 1/3 e o 13º salário proporcional. Tanto é assim que quando das férias do empregado intermitente ele não receberá nova remuneração de férias, pois já as recebeu ao término de cada

período de convocação, tudo conforme os comentários referentes ao § 9º do art. 452-A da CLT. O mesmo se diga quanto ao 13º salário proporcional, pois já foi pago antecipadamente no prazo estipulado após cada período de convocação. Assim, já tendo sido pagas as proporcionalidades de tais parcelas ao fim de cada prestação de serviços, elas não serão devidas quando da extinção contratual. Não há falar em realização de média remuneratória para cálculo de novas férias + 1/3 proporcionais e novo 13º salário proporcional correspondentes aos mesmos períodos de convocação que já foram objeto de pagamento, sob pena de indesejável pagamento em duplicidade (“bis in idem”). Caso a extinção contratual seja operada antes de vencer o prazo para o pagamento das parcelas previstas no § 6º do art. 452-F da CLT, só será devida e constará no TRCT a proporcionalidade correspondente ao período de convocação não pago.

Poderia se pensar na aplicabilidade do dispositivo em questão na hipótese do empregador deixar de pagar as férias proporcionais + 1/3 e o 13º salário proporcional no prazo estabelecido entre as partes (art. 452-A, III e § 6º, da CLT), só realizando a paga quando da extinção do contrato de trabalho intermitente. No entanto, caso o empregador assim proceda, fa-lo-á em descumprimento da lei, visto que o § 6º do art. 452-A não estabelece nenhuma exceção ao definir que o pagamento das parcelas nele previstas, inclusive as férias proporcionais + 1/3 e o 13º salário proporcional, ocorrerá na data acordada para o pagamento e de imediato (frise-se), devendo ser mencionado, ainda, que o § 11 do mesmo dispositivo diz, peremptoriamente, que se o período de convocação exceder um mês o pagamento das parcelas elencadas no § 6º (sem exceção) não poderá ser estipulado por período superior a um mês, contado a partir do primeiro dia do período de prestação de serviço.

De igual maneira, a indenização de 20% (art. 452-E, inciso II, da CLT) ou de 40% (rescisão indireta) sobre o saldo da conta vinculada do FGTS, por óbvio, não é calculada pela média remuneratória dos meses de convocação durante a vigência contratual ou dos últimos doze meses, mas, sim, como já dito, pela aplicação da alíquota (20% ou 40%) sobre os valores constantes em conta vinculada do trabalhador intermitente.

Para aqueles que consideram saldo de salário verba rescisória (o que não é o nosso caso), da mesma forma não é aplicável o critério do caput e do § 1º do art. 452-F, visto que o saldo de salário do intermitente será calculado pela aplicação do valor do salário-mínimo diário ou horário ou do valor

horário ou diário da remuneração de empregados que trabalhem na mesma função e no mesmo estabelecimento multiplicado pelo número de horas ou dias prestados pelo trabalhador e que não foram pagos antes da extinção do contrato de trabalho.

Em verdade, a expressão “verbas rescisórias”, distinta do aviso prévio indenizado, é inócua, a não ser que convenção coletiva de trabalho e/ou acordo coletivo de trabalho criem parcelas rescisórias cujo cálculo dependa da apuração da média aritmética dos valores percebidos somente nos meses em que o intermitente percebeu remuneração dentro do período de vigência do contrato ou nos últimos doze meses que antecederam a extinção do vínculo.

Destarte, reafirma-se, ressalvada a situação excepcional mencionada no parágrafo anterior, a regra de cálculo pela média aritmética das remunerações só é aplicável para o cálculo do valor do aviso prévio indenizado devido ao obreiro intermitente, visto que tal parcela não é paga de maneira antecipada conforme o art. 452-A, III e § 6º, da CLT. Não pareceu ser a vontade do Presidente da República, ao editar a MPV nº 808/17, fazer com que o empregador, que já pagou ao seu funcionário as férias proporcionais + 1/3 e o 13º salário proporcional no prazo estipulado entre as partes e a cada período de convocação para o serviço intermitente, pague novamente no TRCT, dessa vez utilizando a média de remunerações auferidas no período de apuração, novas férias + 1/3 e novo 13º salário.

Até mesmo em razão da natureza do contrato de trabalho intermitente, cuja prestação de serviços depende de convocação da parte do empregador, o § 2º do art. 452-F da CLT, de forma acertada, definiu que o aviso prévio a ser concedido no contrato de trabalho intermitente, tanto o concedido pelo empregado, como o concedido pelo empregador, será sempre indenizado. Assim é, visto que o dispositivo em comento faz expressa referência ao § 1º e ao § 2º do art. 487 da CLT, que tratam, respectivamente, do aviso prévio concedido pelo empregador e ao aviso prévio concedido pelo empregado.

Marcelo Palma de Brito

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado.

Comentários:

O art. 452-G da CLT trata de uma limitação imposta ao empregador, até o dia 31 de dezembro de 2020, para a extinção de contratos de trabalho não intermitentes e celebração de vínculos intermitentes com os mesmos empregados. Muito embora o artigo em análise utilize, impropriamente, a expressão “demissão do empregado”, a regra deve ser estendida para todas as formas de extinção contratual. Entre a data da extinção de um vínculo de emprego tradicional e a data da recontração do mesmo empregado via contrato de trabalho intermitente deverá haver o interstício de 18 (dezoito) meses, sob pena de ser considerado o segundo contrato como um contrato de trabalho por prazo indeterminado comum.

O novo texto celetista traz interstício muito semelhante à regra prevista no art. 5º-D da Lei 6.019/74 (inserido pela Lei nº 13.467/17), esta que diz respeito à limitação temporal, também pelo período de 18 (dezoito) meses, para que um empregado direto da empresa tomadora, anteriormente desligado, seja admitido para prestar serviços por meio de empresa terceirizada. Assim está redigido o dispositivo em questão:

Art. 5º - D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.⁷⁰

No entanto, vê-se que a sensível diferença entre o art. 452-G da CLT e o art. 5º-D da Lei. 6.019/74 reside no fato de que, enquanto o primeiro prevê que o interstício de 18 (dezoito) meses entre a dispensa do vínculo não intermitente e a recontração como intermitente será aplicada tão somente até 31 de dezembro de 2020, o segundo dispositivo não prevê limite semelhante, sendo que o interstício relacionado à terceirização é permanente.

70. BRASIL. *Lei nº 6.019*, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

O interstício de 18 (dezoito) meses, tanto na questão da terceirização, como em relação ao contrato de trabalho intermitente, tem como objetivo evitar a precarização dos vínculos de emprego e da situação econômica do trabalhador anteriormente contratado diretamente pela empresa tomadora de serviços ou que possuía contrato de trabalho não intermitente.

A limitação temporal instituída pelo art. 452-G da CLT é salutar, visto que é cediço que o art. 477-A da CLT (que será objeto de ulteriores comentários) equiparou, para todos os fins, as dispensas imotivadas individuais, plúrimas e coletivas, não mais exigindo qualquer negociação coletiva ou autorização sindical para que sejam efetuadas dispensas em massa. É certo que o dispositivo em comento inibirá dispensas coletivas de não intermitentes, que já possuem a necessária experiência na função desempenhada na empresa, com a finalidade de recontratá-los, imediatamente, como trabalhadores intermitentes.

O que preocupa no dispositivo é que o interstício de 18 (dezoito) meses será aplicado somente até 31 de dezembro de 2020, visto que após tal data não mais subsistirá o seu objetivo primordial: evitar a precarização das relações laborais já constituídas. É certo que, a partir de 1º de janeiro de 2021, será juridicamente possível substituir o vínculo de um empregado não intermitente por um intermitente, sem qualquer interstício temporal, algo que, em vez de servir à formalização do subemprego, geração de empregos e incentivo ao primeiro emprego com queda da evasão escolar, intenções manifestadas no relatório final do PL nº 6787/16⁷¹ (que originou a Lei nº 13.467/17), apresentado na Câmara dos Deputados, conspirará para a precarização das relações laborais, pois é inegável que um contrato de trabalho a prazo indeterminado e contínuo é muito mais estável, previsível e mais atraente financeiramente do que um vínculo de emprego intermitente, com sua ínsita imprevisibilidade e aleatoriedade.

O obreiro que tem a sua relação de emprego contínua substituída por uma intermitente passa a ver os seus ganhos reduzidos pelo fato de que só serão remuneradas as horas, os dias e os meses que são objeto da escala móvel de convocação. Assim é, visto que, muito embora subsista a subordinação jurídica e, por conseguinte, o vínculo de emprego, o empregado intermitente não verá remunerados os períodos em que estiver em inatividade, o que levará a sensível diminuição dos ganhos laborais. No contrato de trabalho intermitente, o

71. BRASIL. *PL nº 6787/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

prestador de serviços não possui dias e jornadas de trabalho definidos, algo que repercute diretamente no valor de sua remuneração, por vezes negativamente, não obstante lhe seja garantida a remuneração do valor horário ou diário do salário-mínimo, ou do valor da hora ou do dia devidos aos demais empregados que exerçam a mesma função no mesmo estabelecimento (art. 452-A, II e § 12, da CLT). O empregado, durante o período de inatividade (que não é considerado tempo à disposição conforme o art. 452-C, caput e § 2º, da CLT) não sabe quanto e quando perceberá alguma remuneração. E ainda deve ser mencionada a questão do tratamento diferenciado do empregado intermitente quanto à cobertura previdenciária, visto que este deverá recolher, por sua conta, a diferença entre a contribuição calculada sobre o valor pago no contracheque e o mínimo exigido pelo INSS caso perceba no mês de referência, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores, valor total inferior a um salário-mínimo, tudo conforme estabelecido pelo art. 911-A da CLT, que será objeto de oportunos comentários.

Assim, o dispositivo em análise é bem-vindo por ter a potência de limitar ou mesmo inibir a dispensa de empregados contínuos e a sua imediata recontração como intermitentes. No entanto, é muito criticável a limitação da vigência do dispositivo somente até 31 de dezembro de 2020, pois após tal data, nada mais impedirá a imediata substituição dos vínculos contínuos dos trabalhadores de determinada empresa por contratos de trabalho intermitentes, algo que poderá contribuir para a precarização das relações laborais.

Marcelo Palma de Brito

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 452-H. No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações, observado o disposto no art. 911-A. (NR)

Comentários:

Pela disposição do art. 452-H da CLT, inserido pela MPV nº 808/17, os depósitos de FGTS em conta vinculada do empregado e os recolhimentos previdenciários, incidentes sobre a remuneração (arts. 15, caput, da Lei nº 8.036/90 e 28 da Lei nº 8.212/91), deverão ser efetuados observando-se a legislação e os regulamentos próprios quanto aos referidos recolhimentos, observando-se as peculiaridades previstas no novo art. 911-A da CLT, que encarrega o trabalhador intermitente de recolher, por sua conta, a diferença entre a contribuição calculada sobre a remuneração paga no contracheque e o mínimo exigido pelo INSS caso perceba no mês de referência, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores, valor total inferior a um salário-mínimo.

A base de cálculo das contribuições previdenciárias e dos depósitos de FGTS será toda a remuneração percebida no período do mês tomado como referência para o recolhimento e a efetivação dos depósitos. Se o empregado prestou algum serviço intermitente durante o mês, os recolhimentos deverão ser efetuados pelo empregador conforme a remuneração paga pelo trabalho. Se não houve trabalho intermitente durante o mês de referência, considerando que os períodos de inatividade não são considerados tempo à disposição, não haverá obrigação de realizar os recolhimentos determinados no dispositivo em análise.

Após realizar os recolhimentos nas épocas próprias, o empregador deverá fornecer ao empregado comprovante de que efetivamente recolheu as contribuições previdenciárias e os depósitos de FGTS na forma e nas épocas próprias, tudo para que o empregado tenha o controle do recolhimento de suas contribuições previdenciárias e do saldo da conta vinculada do FGTS.

As peculiaridades referentes à cobertura previdenciária do empregado intermitente serão mais bem comentadas quando da análise do art. 911-A da CLT, também inserido pela Medida Provisória nº 808/17.

Marcelo Palma de Brito

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

Art. 457.

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

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

§ 3º

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

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 457.

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

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

.....

§ 12. A gorjeta a que se refere o § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo os critérios de custeio e de rateio definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 13. Se inexistir previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição da gorjeta e os percentuais de retenção previstos nos § 14 e § 15 serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma estabelecida no art. 612.

§ 14. As empresas que cobrarem a gorjeta de que trata o § 3º deverão:

I – quando inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até vinte por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção

coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II – quando não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até trinta e três por cento da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, hipótese em que o valor remanescente deverá ser revertido integralmente em favor do trabalhador; e

III – anotar na CTPS e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de gorjeta.

§ 15. A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros estabelecidos no § 14.

§ 16. As empresas anotarão na CTPS de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses.

§ 17. Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, a qual terá como base a média dos últimos doze meses, sem prejuízo do estabelecido em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 18. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim.

§ 19. Comprovado o descumprimento ao disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a um trinta avos da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados, em qualquer hipótese, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

§ 20. A limitação prevista no § 19 será triplicada na hipótese de reincidência do empregador.

§ 21. Considera-se reincidente o empregador que, durante o período

de doze meses, descumprir o disposto nos § 12, § 14, § 15 e § 17 por período superior a sessenta dias.

§ 22. Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro, a empregado, grupo de empregados ou terceiros vinculados à sua atividade econômica em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

§ 23. Incidem o imposto sobre a renda e quaisquer outros encargos tributários sobre as parcelas referidas neste artigo, exceto aquelas expressamente isentas em lei específica. (NR)

Comentários:

O artigo cuida da discriminação das parcelas integrantes da remuneração do empregado. Na literalidade da lei (caput do artigo), a remuneração é composta do salário, “devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço”, mais as gorjetas, parcela a cuja análise nos dedicaremos adiante.

Dessa maneira, o complexo salarial, envolvendo todos os pagamentos feitos pelo empregador diretamente ao empregado, abrange uma diversidade de parcelas, além da parte fixa, gratificações, comissões, diárias, ajudas de custo, etc. A rigor, a nomenclatura, o rótulo em si, é desimportante, sendo relevante a natureza da parcela, a razão intrínseca de seu pagamento ao empregado.

Na redação em vigor antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, o § 1º do art. 457 da CLT dispunha: “Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.” Essa era uma redação defeituosa, antiga (dada pela Lei nº 1.999/53) e inadequada: por mais que houvesse esforço doutrinário, conceitual, o fato é que as definições de “percentagens” e “abonos” sempre foram imprecisas, indeterminadas. Há dissenso a respeito do significado dessas expressões mesmo entre a doutrina mais abalizada, o que é motivo de indesejada insegurança jurídica. Alternativa possível e coerente seria o legislador cuidar de definir legalmente esses vocábulos, tal qual o fez em relação aos prêmios, mas como não o fez, é melhor excluí-los do texto legal. Em suma, termos que apenas suscitam múltiplas dúvidas não devem mesmo constar da lei.

Portanto, a Lei nº 13.467/2017 veio em boa hora excluir das parcelas integrantes do complexo salarial as “percentagens” e “abonos”, porém cometeu

o pecado de incluir estes últimos dentre as parcelas de natureza indenizatória (art. 457, § 2º, em redação a seguir revogada pela MP 808/2007). Quanto aos abonos, também de modo pertinente, conforme justificamos no parágrafo anterior, a medida provisória os excluiu do rol das parcelas de natureza indenizatória.

Também entendemos tecnicamente correta a supressão da referência a “diárias para viagem” do § 1º, uma vez que tal parcela, mesmo antes da “reforma trabalhista”, não costumava integrar o salário do empregado, salvo quando excedessem da metade de seu valor (antigo §2º do artigo, revogado).

Assim, fossem apenas essas as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 nesse particular, diríamos que as alterações teriam atendido à melhor técnica. No entanto, esse diploma legal alterou a expressão “gratificações ajustadas” por “gratificações legais”. Se antes a referência era insuficiente, esse defeito não foi corrigido. Justifiquemos nosso ponto de vista.

As gratificações são parcelas salariais que têm como finalidade recompensar o empregado pela maior responsabilidade pelo desempenho de sua função, pelo seu tempo de serviço ou pelo sucesso alcançado pelo empreendimento empresarial. Não são pagas por mera liberalidade, mas, sim, constam da lei ou foram expressa ou tacitamente ajustadas entre empregado e empregador. Como exemplos desse tipo de gratificação, pode-se mencionar a gratificação de função, gratificação de quebra de caixa, gratificação por tempo de serviço, gratificação semestral, dentre outras.

Dessa maneira, após a “reforma trabalhista”, o problema conceitual remanesceu, uma vez que as gratificações tanto podem ser legais, como ajustadas espontaneamente entre os sujeitos da relação de emprego. Por isso, o acréscimo feito pela MP 808, fazendo com que a redação legal passasse a se referir a “gratificações legais e de função” é claramente insuficiente. Melhor seria se o acréscimo resgatasse a expressão anteriormente prevista da lei, de modo que constaria no texto o que nos parece correto: “gratificações legais e ajustadas”. Neste último termo estaria incluída a gratificação de função, obviamente, mas também outras que podem derivar de avença entre empregados e empregadores, como ilustrado ao fim do parágrafo anterior.

No mais, ainda tratando do § 1º, as comissões são salário inclusive na acepção estrita do termo, seja o empregado um comissionista puro ou misto (este quando receba salário composto por parte fixa e parte em comissões). Logo, nesse aspecto não houve nem poderia haver alteração legal.

Passamos assim a comentar o § 2º do artigo, que de fato consigna real novidade e mudança de conceitos na classificação das parcelas salariais e indenizatórias.

A Lei nº 13.467/2017 não trouxe alteração relativamente quanto à ajuda de custo, cuja feição indenizatória é parte intrínseca de seu conceito. Trata-se de verba paga ao empregado com finalidade de antecipar ou restituir-lhe uma despesa que terá ou já teve com a prestação de serviços, daí porque a natureza indenizatória da parcela é irrecusável.

No entanto, de modo inexplicável, a MP 808/2017 subverteu a lógica, ao estabelecer a natureza indenizatória da ajuda de custo, desde que a importância limite-se à 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal do empregado. É um evidente contrassenso: respeitado seu conceito, infenso a desvirtuamentos, a ajuda de custo, como já ressaltado, tem natural, intrínseca, evidente natureza indenizatória, uma vez que não é paga ao empregado “como contraprestação do serviço.”

Nesse aspecto, a atividade interpretativa torna-se árdua. Afinal, aparentemente, ante o texto inalterado do caput do artigo, a ajuda de custo apresenta irrecusável natureza indenizatória, por não se subsumir ao conceito de salário contido no preceito legal.

Nada obstante, não é possível simplesmente ignorar o que passou a constar expressamente da lei a partir da vigência da MP 808/2017, cabendo-nos uma exegese que confira aplicação razoável da novel disposição legal.

Pois bem. *Legem habemus!* Ante a limitação contida na lei, a ajuda de custo apenas terá natureza indenizatória apenas se não exceder a metade da remuneração do empregado. Nas situações em que esse teto for ultrapassado, forçoso o reconhecimento da natureza salarial. Aqui, todavia, diferentemente da interpretação contida na Súmula nº 101 do TST⁷², ao tratar de semelhante disposição legal anterior relativa às diárias para viagem, pensamos que apenas a cota que exceder a 50% (cinquenta por cento) da remuneração do empregado terá natureza salarial, e não o valor total da parcela. Afinal, diferentemente das diárias para viagem e como reiteradamente pontuado, a ajuda de custo não é paga em troca da prestação de serviços, e sim trata-se de

72. 101. Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens. (primeira parte—ex-Súmula nº 101—RA 65/1980, DJ 18.06.1980; segunda parte—ex-OJ nº 292 da SBDI-1—inserida em 11.08.2003)

adiantamento, ressarcimento ou reembolso de despesas do empregado com o próprio trabalho.

Ante a nova disposição legal, deve o empregador evitar, tanto quanto possível, o pagamento de ajuda de custo em valores muito expressivos, a fim de evitar sua caracterização como salário. Para tanto, a alternativa aparentemente mais viável é a opção pelo pagamento de diárias para viagem, quando for cabível.

Quanto ao auxílio-alimentação, a disposição da Lei nº 13.467, mantida pela MP 808, decerto causará controvérsia. Usualmente, a habitualidade no pagamento de uma parcela confere-lhe cunho salarial, com todos os efeitos decorrentes. A alimentação, concedida *in natura* (art. 458, caput, da CLT⁷³), mediante fornecimento de tíquetes ou vales (Súmula nº 241 do TST⁷⁴) ou mesmo em espécie, é tradicionalmente classificada na lei, doutrina e jurisprudência como parcela de natureza salarial.

O pagamento de vale ou auxílio-alimentação em espécie não foi permitido na nova redação do parágrafo, uma vez que abriria flanco para o mascaramento de salário: o empregador poderia pagar elevado percentual da remuneração do empregado sob a falsa classificação de auxílio-alimentação, a fim de emprestar à parcela a equivocada feição indenizatória. É evidente que esse expediente não resistiria a uma análise criteriosa, à luz do art. 9º da CLT⁷⁵, mas é positivo que o legislador tenha se adiantado e vedado o procedimento que facilita a simulação e a fraude.

Convém ainda mencionar que a Lei nº 6.321/76, ao instituir o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), dispôs em seu art. 3º⁷⁶ acerca da natureza indenizatória da utilidade, confirmada pela jurisprudência dominante⁷⁷. É bem verdade que, em sua literalidade, a lei reporta-se

73. “Art. 458—Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.”

74. “Salário-utilidade. Alimentação. O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.”

75. “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.”

76. “Art. 3º—Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga *in natura*, pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.” (BRASIL. Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6321.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017)

77. Orientação Jurisprudencial nº 133 da SDI-I/TST: “Ajuda alimentação. PAT. Lei nº 6321/1976. Não integração ao salário. A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei nº 6321/1976, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Orientação Jurisprudencial nº 133. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2017)

exclusivamente à natureza indenizatória da alimentação concedida *in natura*, porém, por norma regulamentar⁷⁸ abonada pela jurisprudência pátria⁷⁹, a mesma natureza foi estendida ao fornecimento mediante vale ou auxílio-alimentação, tíquete ou cartão eletrônico.

Com a novel disposição legal, toda essa construção legal, regulamentar e jurisprudencial perde relevância, na medida em que a regra traçada pelo legislador é objetiva: o auxílio-alimentação terá sempre natureza indenizatória e, portanto, não integra a base de cálculo para outras parcelas trabalhistas e previdenciárias.

Mais uma vez, no entanto, é imperioso sublinhar que, naturalmente, não foi intenção do legislador incentivar a fraude, mas, sim, estimular o empregador a fornecer o benefício a seus empregados, sem o temor de que isso implique aumento de custos por incidências em outros direitos trabalhistas. Assim, como já pontuado, caso se verifique que o valor concedido a título de auxílio-alimentação é desproporcionalmente alto, fora dos limites de razoabilidade, caracterizando a tentativa de mascarar o salário do empregado, incide a vetusta regra moralizadora do art. 9º da CLT, para declarar a natureza salarial da parcela, também em atenção ao princípio da primazia da realidade.

Um problema que se pode divisar sobre o tema é de compatibilizar essa nova disposição legal com outra, preservada pela reforma: o caput do art. 458 da CLT, que inclui a alimentação como parte integrante do salário⁸⁰. Seria possível ponderar que a alimentação concedida *in natura* preservaria sua natureza salarial, ao passo que, se fornecida mediante vale-alimentação, teria feição indenizatória. Essa interpretação literal, no entanto, carece de lógica, pois desestimularia francamente a concessão da utilidade *in natura*, o que não

78. Portaria nº 3 da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, de 1º de março de 2002, publicada no DOU de 5.3.2002: “Art.10. Quando a pessoa jurídica beneficiária fornecer a seus trabalhadores documentos de legitimação (impressos, cartões eletrônicos, magnéticos ou outros oriundos de tecnologia adequada) que permitam a aquisição de refeições ou de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, o valor do documento deverá ser suficiente para atender às exigências nutricionais do PAT.”

79. Ilustrativamente: “INTEGRAÇÃO DA AJUDA ALIMENTAÇÃO. PAT. INDEVIDA. Excepcionalmente, quando concedida pelo empregador como ajuda de custo, na forma de “vale-refeição ou vale-alimentação”, para atendimento do Programa de Alimentação do Trabalhador—PAT, ou ainda, por força de preceito convencional que lhe confira natureza equivalente à do PAT, é que o benefício em tela não se reveste de natureza salarial nem se configura rendimento tributável pela previdência social, não integrando assim, o ganho do trabalhador para qualquer feito reflexo (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 00576-2008-085-02-00-1. 4ª Turma. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, julgado em 1º de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2017)

80. “Art. 458—Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “*in natura*” que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.”

convém nem é justo ou equânime. A outra possibilidade, a nosso ver mais coerente e em consonância com a interpretação teleológica da norma, seria a de que o caráter salarial referido no caput do art. 458 da CLT foi revogado tacitamente pela nova redação do art. 457, § 2º, em vista da incompatibilidade entre os dispositivos, na forma do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).⁸¹

Outro aspecto que já se vislumbra controverso em relação a esse novo preceito prende-se ao universo de empregados que já recebem o auxílio-alimentação, com natureza salarial. Em casos da espécie, em que o empregador tenha aderido posteriormente ao Programa de Alimentação do Trabalhador, consoante disposto na Orientação Jurisprudencial nº 413 da SDI-I tem o TST entendido que é preservada a natureza salarial da utilidade para os empregados que já a recebiam antes daquela adesão⁸². A presente hipótese é distinta, pois aqui houve a modificação da própria fonte formal do direito questionado, a lei, o que nos parece conduzir à conclusão oposta àquela constante do verbete sumular, mas a cautela recomenda aguardar a maturação da jurisprudência a esse respeito.

Outra alteração substancial diz respeito às diárias para viagem. Anteriormente, estas não se incluíam nos salários quando não excedessem “de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.” Dessa maneira, quando as diárias de viagem representassem mais da metade do salário do empregado, sua natureza salarial era reconhecida.

A finalidade da norma era evitar o pagamento de valor excessivo a título de diárias de viagem, a camuflar verdadeiro salário do empregado. Ocorre que esse fito moralizante trazia consequência indesejada: alguns empregados que rotineiramente faziam viagens a trabalho recebiam diárias para viagem em valor diminuto, para evitar que tal montante ultrapassasse a quantia correspondente à metade de seus salários e então tivesse natureza salarial.

Com a nova disposição legal, confirmada pela medida provisória, as

81. “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

82. “AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA. NORMA COLETIVA OU ADESÃO AO PAT. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012) A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba “auxílio-alimentação” ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT — não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício, a teor das Súmulas nos 51, I, e 241 do TST.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. *Orientação Jurisprudencial nº 413*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em: 31 ago. 2017)

diárias para viagem terão sempre natureza indenizatória, o que não implica passe livre à malícia patronal para a descaracterização do salário—e aqui remetemo-nos às mesmas observações acima deduzidas em relação ao auxílio-alimentação e eventual invocação do art. 9º da CLT para as hipóteses de fraude e simulação.

A natureza indenizatória das diárias para viagem, em princípio, sem restrição ao seu valor, conduziu ainda à revogação do art. 28, § 8º, alínea *a* e nova redação da alínea *b*, da Lei de Custeio da Previdência Social (Lei nº 8.212/91⁸³).

Passamos a seguir à análise da parcela “prêmios”, na abordagem conferida pelo novo § 22º, incluído pela MP nº 808/2017, em que a parcela é conceituada de modo parcialmente distinto do que havia sido feito pela Lei nº 13.467/2017 na redação revogada do § 4º do mesmo artigo⁸⁴. Nos dois casos, o intuito foi o mesmo: superar a imprecisão antes vigente sobre seu conceito.

O conceito legal de prêmio constou originalmente da Lei nº 13.467/2017 e, meros três dias após o decurso do período de *vacatio legis* (art. 6º), a MP 808 confirmou a definição, acrescentando um critério objetivo quanto ao número de vezes em que cabível anualmente seu pagamento.

A intenção do legislador — tanto em sentido estrito quanto, excepcionalmente, na atuação do Presidente da República no exercício de função legiferante ao editar a MP — no particular foi clara: estimular empregadores que pretendam pagar incentivos a seus empregados pelo desempenho superior ao ordinário a fazê-lo, sem o temor de majoração de custos trabalhistas e previdenciários. Com efeito, nossa experiência, decorrente de contato com empresários em salas de audiência e salas de aula, atesta que é muito comum que vários deles deixaram de pagar tais incentivos por força desse receio.

Não há um meio específico para o pagamento dos prêmios, podendo ser feito, na forma da lei, em “bens, serviços ou valor em dinheiro”.

O que não se concebe é a transmutação do salário em prêmio, o que implicaria precarização dos direitos trabalhistas, não se admitindo absolutamente que seja essa a intenção do legislador. Assim, é necessário conferir interpretação restritiva ao conceito, com atenção às possíveis fraudes que

83. BRASIL. *Lei nº 8.212*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

84. Essa revogação *tácita* do § 4º pelo § 22 — pois no art. 3º da MP 808, que listou as disposições legais expressamente revogadas, não incluiu o § 4º do artigo (tal qual não fez em relação aos §§ 5º a 11) — resulta da aplicação direta do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) — vide nota de rodapé nº 16, retro.

em tese podem ocorrer.

Como explicitado na lei, os prêmios deverão ser, em primeiro lugar, liberalidades concedidas pelo empregador. Isso significa que obviamente não será classificado como prêmio o valor ajustado entre os sujeitos da relação de emprego como contraprestação pelo serviço desempenhado. Ainda que tal afirmação soe óbvia e até desnecessária, é preciso ter em conta que, se o empregado tem por certo o recebimento de tal valor, independentemente de quaisquer fatores ou desempenho, então não é de prêmio que se trata.

Ainda, será necessário, para justificar a classificação como prêmio e decorrente natureza indenizatória, que seu pagamento se dê em razão direta do atingimento de certa meta ou objetivo de consecução extraordinária. Se todos os empregados da empresa recebem habitualmente a parcela, sua caracterização como prêmio é presumivelmente equivocada. Afinal, se todos os empregados apresentaram os mesmos resultados, ainda que extremamente satisfatórios, então esse é o padrão ordinário de desempenho, e os prêmios, na forma da lei, somente são devidos aos empregados “*em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.*”

Desse modo, o prêmio não pode ser genérico, destinado a todo um contingente indefinido de trabalhadores, antes deve ser conferido ao(s) empregado(s) ou equipe(s) que, na comparação com os (as) demais, tenham apresentado desempenho superior. O prêmio é uma recompensa pelo destaque, é um reconhecimento do mérito pelos resultados alcançados na *comparação* com a média entre os que detêm atribuições similares. Nessa perspectiva, pensamos que no caso presente o vocábulo *prêmio* deve ser tomado em uma de suas precisas significações, catalogada nos melhores dicionários: “recompensa conferida a quem se distingue em competição, jogo ou concurso.”⁸⁵

Vários exemplos podem ser cogitados para os prêmios na forma ora prevista em lei: empregador que pague certo valor ao empregado ou à equipe que atinja melhores números nas vendas em certo período, em relação aos demais; benefício concedido ao motorista que tenha apresentado melhor consumo de combustível por quilômetro percorrido na comparação com seus colegas, etc.

Ao se desbordar desses limites, a fim de conferir artificialmente natureza indenizatória a verbas que na verdade não as detêm, cabe novamente a declaração de nulidade, na forma do multicitado art. 9º da CLT.

85. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Nova Fronteira, 2 ed. 35ª reimp., Rio de Janeiro, 1986, pág. 1384, vb 2.

A propósito, justamente com intuito de evitar o desvirtuamento da noção de prêmio, a MP 808/2017 limitou o seu pagamento a duas vezes ao ano, critério objetivo destinado a impedir a habitualidade no pagamento da parcela, o que descaracterizaria sua natureza indenizatória. Logo, a partir da terceira ocorrência, o pagamento da parcela, ainda que atendidos os demais contornos legais, terá caráter salarial.

De qualquer sorte, não se deve cogitar *a priori* que o empregador agiria de modo malicioso, cabendo, antes, presumir-lhe a boa-fé. É claro que existe o risco, em casos que esperamos e acreditamos que sejam pontuais, desse desvirtuamento de conceitos, e para a sua ocorrência a legislação já fornece os meios de atuação preventiva e cominatória. No entanto, esse perigo é largamente superado pelas vantagens decorrentes do aumento de premiações ofertadas pelos empregadores, estimulados pela nova regulamentação legal.

Por derradeiro, cabe-nos abordar a previsão legal sobre as gorjetas, parcela integrante da remuneração do empregado (CLT, art. 457, caput). A recente Lei nº 13.419/2017 conferiu sua minuciosa regulamentação legal às gorjetas, mediante alteração meramente COSMÉTICA da definição anterior (§ 3º), acrescentando ainda os §§ 4º a 11 ao art. 457 da CLT.

Não era de modo algum a intenção do legislador reformista tratar desse tema (gorjetas). Todavia, por um erro basilar, que remete a um amadorismo impressionante, a nova definição de prêmios, contida na Lei nº 13.467/2017, foi inserida no § 4º do art. 457 da CLT. Ora, anteriormente a redação desse parágrafo cuidava de disposição referente às gorjetas⁸⁶, diretriz que acabou sendo inadvertidamente revogada.

Ora, tendo o Congresso Nacional, por suas duas Casas Legislativas, comissões destinadas à análise técnica da lei, beira o inacreditável que um erro dessa magnitude tivesse ocorrido. A Exposição de Motivos da MP 808/2017, em seu item 10.21 trata do ocorrido nos seguintes termos:

O § 4º do proposto art. 457, busca corrigir alteração inadequada, não intencional, promovida pela Lei nº 13.467, de 2017, no que diz respeito às gorjetas, que não constituem receita própria dos empregadores, destinando-se aos trabalhadores e serão distribuídas segundo critérios de custeio e de rateio definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho.⁸⁷

86. “§4º, A gorjeta mencionada no § 3º não constitui receita própria dos empregadores, destina-se aos trabalhadores e será distribuída segundo critérios de custeio e de rateio definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho.” (Redação dada pela Lei nº 13.419, de 13 de março de 2017)

87. BRASIL. Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 24 jan. 2018.

Na verdade, o antigo §4º, revogado de forma “inadequada”, teve sua disposição restabelecida, em sua literalidade, no novo §12 do artigo, com a redação conferida pela Medida Provisória.

De seu turno, os §§ 5º a 11, antes referidos, que haviam sido adicionados ao art. 457 por força da Lei nº 13.419/2017, foram repetidos, com ligeiras alterações de redação que não lhes modificaram em nada o conteúdo, nos novos §§ 13 a 21 do mesmo artigo, acrescidos pela MP 808. É muito estranha, para dizer o mínimo, a inserção desses parágrafos, pois os §§ 5º a 11 estavam em pleno vigor, mesmo após a Lei da Reforma Trabalhista. A sobreposição das mesmas normas, em novos parágrafos, a par de desnecessária e incompreensível, revela maltrato do processo legislativo. De toda sorte, como os novos parágrafos §§ 13 a 21 abordam na inteireza o teor dos anteriores §§ 5º a 11, estes últimos consideram-se revogados tacitamente, nos termos do art. 2º, § 1º, segunda parte, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

A revogação tácita dos §§ 4º a 11 – e remetemos aqui ao que ressaltamos na nota de rodapé nº 11, retro – decorre da omissão da própria MP 808, ao não cogitar da revogação expressa desses parágrafos, conforme disposição de seu art. 3º, que enumera as disposições expressamente revogadas. Infelizmente, aqui vez mais foi desprezada a melhor técnica legislativa, consoante previsão da Lei Complementar nº 95/98⁸⁸.

Não abordaremos nesse texto o teor das normas que dispõem sobre as gorjetas, pois não constituem inovação da reforma trabalhista, antes todo o seu conteúdo fora traçado pela Lei nº 13.419/2017 e apenas veio a ser tratado pela MP 808, sem nenhuma alteração substancial, em virtude da inadvertida e indesejada previsão da Lei nº 13.419/2017, consoante já pontuamos em linhas volvidas.

Rodrigo Dias da Fonseca

88. A Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, preceitua em seu art. 3º, inc. III, parte final e art. 9º: “Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas: I – parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; II – parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; III – parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber. (...) Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.”

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados não substituirá a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos dos incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição.

Comentários:

Nesse artigo acrescentado aos dispositivos da CLT, a Medida Provisória nº 808/2017 visa reforçar que o papel da comissão de representantes dos empregados, na forma estabelecida nos arts. 510-A a 510-D, não pode se confundir com o do sindicato em relação a dois pontos, especificamente: (i) defesa judicial ou administrativa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria representada; e (ii) participação em negociações coletivas de trabalho.

Fica claro, assim, que a referida comissão não possui a prerrogativa de representar os empregados nas questões judiciais ou administrativas, reservando aos sindicatos tal atributo exclusivo (e que tem sido entendido pelo Supremo Tribunal Federal como uma substituição ampla⁸⁹), bem como no tocante à celebração de convenções coletivas e acordos coletivos, em que permanece a interveniência obrigatória das entidades sindicais.

Na realidade, a MP nº 808/2017 busca apenas deixar claro o que consta nos dispositivos constitucionais citados no próprio texto do novo art. 510-E da CLT: “III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”; e “VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” (art. 8º da CF/88), bem como nas prerrogativas atribuídas aos sindicatos constantes do texto original da CLT.

De todo modo, diante das possíveis disputas que possam vir a existir entre a comissão de representantes dos empregados e os sindicatos profissionais, não há prejuízo na previsão expressa ora constante do texto celetário,

89. Conforme leciona Roberto Caldas, em importante julgado do STF, ficou estabelecida a substituição processual sindical ampla, podendo os sindicatos, consoante entendimento da Excelsa Corte, defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. (CALDAS, Roberto de Figueiredo. A substituição processual pelos sindicatos como garantia constitucional: impulso do Supremo Tribunal Federal à coletivização do processo. In: *Temas de Direito Coletivo do Trabalho*. MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de (coords). São Paulo: LTr, 2010, p. 277.

o que acaba por sepultar algumas discussões sobre a necessária intervenção dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, como a decorrente da possível inconstitucionalidade do art. 617.

Por fim, parece-nos óbvia a impossibilidade de substituição dos empregados pela referida comissão nas ações judiciais e procedimentos administrativos, estando limitada a sua atuação ao entendimento direto com os empregadores, nos termos do art. 11 da CF/88 e do art. 510-A da CLT, e às atribuições consignadas no art. 510-B da CLT, conforme alteração realizada pela Lei nº 13.467/2017.

Platon Teixeira de Azevedo Neto

REDAÇÃO REVOGADA (LEI Nº 13.467/2017):

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

.....

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

.....

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Redação determinada pela MP 808/2017:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

.....

XII – enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

.....

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual. (NR).

Comentários:

Assim como no acréscimo do art. 510-E à CLT feito pela MP 808/2017, houve a preocupação quanto à observância do disposto no art. 8º, III e VI, da Constituição Federal de 1988, que garantem ao sindicato a defesa judicial e administrativa da categoria e a interveniência obrigatória nas normas coletivas na alteração do caput do art. 611-A da CLT.

Isso significa que somente é atribuído ao sindicato a prerrogativa de celebrar acordos coletivos e convenções coletivas, a despeito do constante no art. 617 da CLT (que alguns entendem como não recepcionado pela CF/88),

e também cabe apenas a ele a substituição processual para defesa dos direitos e interesses dos representados (com pontuais ressalvas em razão da possibilidade de atuação do Ministério Público do Trabalho em alguns casos).

Outra consequência é mais uma vez reforçar o papel da Constituição na interpretação dos novos dispositivos, o que já havia ficado bastante claro na redação do art. 611-B pela Lei nº 13.467/2017, sendo mencionado como norte hermenêutico para todos os incisos constantes do art. 611-A.

No tocante ao enquadramento do grau de insalubridade, a Lei nº 13.467/2017 permitia aos sindicatos, via negociação coletiva, essa classificação. A MP 808/2017 continua permitindo, mas além de revogar o inciso XIII, que autorizava a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho simplesmente, agora passa a assegurar a possibilidade de contratação de perícia para a aferição do grau de insalubridade, e ainda exige que sejam respeitadas, *na integralidade*, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (as atividades e operações insalubres estão definidas na NR15).

A alteração amplia a proteção dos trabalhadores, porque, em primeiro lugar, permite a realização de perícia, o que traz segurança à deliberação quanto ao grau de insalubridade. De fato, por ser uma questão técnica e relacionada a normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, não pode ser aleatória, rendendo-se às pressões do capital. O enquadramento deve ser apropriado, calcado em perícia prévia e com responsabilidade, sob pena de nulidade da cláusula respectiva.

Além disso, o elastecimento da jornada em ambientes insalubres também está sujeito à observância das normas próprias de saúde, higiene e segurança do trabalho, consideradas, portanto, de indisponibilidade absoluta, trazendo a MP 808 mais uma segurança aos trabalhadores nessas condições, podendo o Judiciário Trabalhista ser acionado em caso de violação a tais normas.

Ademais, a exigência de observância de normas próprias de medicina e segurança do trabalho, bem como nas NRs afasta a possibilidade de enquadramento feito com irresponsabilidade, e sem efetiva correlação entre a atividade e o adicional devido. Enfim, as alterações visaram resguardar o patamar jurídico mínimo obreiro no tocante ao meio ambiente do trabalho.

Por sua vez, em relação à alteração do parágrafo quinto do art. 611-A da

CLT, antes de qualquer consideração quanto ao conteúdo da norma, é preciso afirmar que a medida provisória, nesse aspecto, é claramente inconstitucional do ponto de vista formal. É que o art. 62, § 1º, I, “b”, da Constituição Federal veda a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito processual penal e processual civil, o que, obviamente, inclui o processo trabalhista.

Não obstante isso, do ponto de vista de seu conteúdo, em comparação com o disposto no §5º do art. 611-B, acrescentado à CLT pela Lei nº 13.467/2017, o novo texto alterado pela MP 808/2017 empreende devida correção parcial, ao excluir a exigência de participação como litisconsortes necessários em ação individual, vez que não há a possibilidade de anulação de cláusulas a não ser por ação coletiva proposta perante tribunais, de acordo com o âmbito de atuação destes e a região do conflito coletivo. Ademais, se fosse levada a “ferro e fogo” a exigência de participação dos sindicatos como litisconsortes necessários em todas as ações individuais que se questionassem a validade de cláusulas de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, isso inviabilizaria o funcionamento do Judiciário Trabalhista.

Todavia, a MP 808/2017 peca na redação por estipular ao final que estaria “vedada a apreciação por ação individual”. A única leitura razoável é a de que a cláusula coletiva atacada não pode ser anulada por ação individual, embora a intenção pareça ter sido a de evitar a declaração de ineficácia de cláusula em reclamação trabalhista individual. Certamente, qualquer entendimento nesse sentido viola frontalmente o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88, devendo restar resguardado o direito do trabalhador de discutir a validade da cláusula em ação individual, podendo o juiz, incidentalmente, entender inaplicável a cláusula viciada, assegurando o direito pretendido. Qualquer leitura que inviabilize tal discussão em sede individual deve ser tida por materialmente inconstitucional.

Platon Teixeira de Azevedo Neto

NOVA DISPOSIÇÃO LEGAL – REDAÇÃO DETERMINADA PELA MP 808/2017:

Art. 911-A. O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 1º Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador.

§ 2º Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no § 1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários. (NR)

Comentários:

O caput do art. 911-A da CLT estabelece que os depósitos de FGTS em conta vinculada do empregado e os recolhimentos previdenciários, incidentes sobre a remuneração (arts. 15, caput, da Lei nº 8.036/90 e 28 da Lei nº 8.212/91), deverão ser efetuados observando-se a legislação e os regulamentos próprios quanto aos referidos recolhimentos. A base de cálculo das contribuições previdenciárias e dos depósitos de FGTS será constituída por todos os valores que possuam natureza salarial percebidos no período do mês tomado como referência para o recolhimento previdenciário e a efetivação dos depósitos na conta vinculada do obreiro.

Após realizar os recolhimentos nas épocas próprias, o empregador deverá fornecer ao empregado comprovante de que efetivamente recolheu as contribuições previdenciárias e os depósitos de FGTS na forma e nas épocas próprias, tudo para que o empregado tenha o controle do recolhimento de suas contribuições previdenciárias e do saldo da conta vinculada do FGTS.

Quanto à cobertura previdenciária do trabalhador intermitente, o § 1º do art. 911-A da CLT, ao contrário do texto do revogado § 8º do art. 452-A da mesma consolidação, dispôs expressamente sobre a matéria. Tal

dispositivo estabelece que o trabalhador, que perceba no mês de referência, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores, valor total inferior a um salário mínimo, para adquirir ou manter a qualidade de segurado da Previdência Social (art. 15 da Lei nº 8.213/91), deverá recolher, por sua conta, contribuição previdenciária complementar correspondente à diferença entre a contribuição calculada sobre as remunerações percebidas e o valor do salário mínimo mensal. Conforme disposto no § 2º do art. 911-A da CLT, caso o empregado que perceba, no somatório total das remunerações percebidas no mês de referência para o recolhimento das contribuições previdenciárias, valor inferior ao salário mínimo e não recolha a contribuição previdenciária complementar, o período em questão não será levado à conta para a aquisição e manutenção da condição de segurado, não sendo levado em consideração, também, quanto à contagem do período carência para a concessão de benefícios previdenciários.

Vê-se que a MPV nº 808/17, ao inserir o artigo em comento, visou especialmente um tipo de trabalhador: o trabalhador intermitente, novidade inserida pela Lei nº 13.467/17. Pelo texto original do art. 452-A da CLT, o revogado § 8º apenas limitava-se a dizer que prestados os serviços oriundos da convocação seriam recolhidas as contribuições previdenciárias correspondentes na forma e nas épocas próprias. Pela redação original do art. 452-A da CLT, qualquer remuneração auferida pelo empregado intermitente, fosse ela igual ou inferior a um salário mínimo, seria levada em conta para a aquisição e manutenção da qualidade de segurado e para fins de contagem do período de carência para gozo de benefícios previdenciários. Os textos do § 1º e do § 2º do art. 911-A da CLT passaram a desprezar as contribuições previdenciárias dos empregados, a exemplo dos intermitentes, que perceberem somatório de remunerações inferior a um salário mínimo durante o mês de referência.

Diante da omissão do art. 911-A da CLT, a Receita Federal do Brasil editou o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6, de 24 de novembro de 2017 (publicação no D.O.U em 27/11/2017), estabelecendo que, para o cálculo da contribuição previdenciária complementar do empregado, deverá ser aplicada uma alíquota de 8% (oito por cento) sobre a diferença entre a remuneração recebida no mês de referência e o valor do salário mínimo mensal, estabelecendo ainda que o recolhimento da referida contribuição deverá ser efetuada pelo trabalhador até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da prestação de serviços. Em tal sentido, assim está redigido o art. 1º do ADI/RFB nº 6:

Art. 1º A contribuição previdenciária complementar prevista no § 1º do art. 911-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a ser recolhida pelo segurado empregado que receber no mês, de um ou mais empregadores, remuneração inferior ao salário mínimo mensal, será calculada mediante aplicação da alíquota de 8% (oito por cento) sobre a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal.

§ 1º O recolhimento da contribuição previdenciária prevista no caput deverá ser efetuado pelo próprio segurado até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da prestação do serviço.

§ 2º Não será computado como tempo de contribuição para fins previdenciários, inclusive para manutenção da condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e cumprimento de prazo de carência para concessão de benefícios previdenciários, o mês em que a remuneração recebida pelo segurado tenha sido inferior ao salário mínimo mensal e não tenha sido efetuado o recolhimento da contribuição previdenciária complementar prevista no caput.⁹⁰

Da análise do artigo 911-A da CLT em conjunto com o art. 1º do ADI/RFB nº 6/2017, o empregado, a toda evidência, deverá completar somente a contribuição previdenciária cota do empregado, não se referindo as disposições celetistas e a regulamentação da Receita Federal do Brasil à cota patronal. Suponha-se que determinado empregador convoque um empregado intermitente por cinco horas e por cinco vezes ao mês, estabelecendo o valor da hora em R\$5,00 (cinco reais). Nesse caso, o obreiro auferirá a título de remuneração no mês de referência o valor de R\$125,00 (cento e vinte e cinco reais). A contribuição previdenciária complementar devida, considerando apenas a cota do empregado, corresponderá à aplicação da alíquota de 8% (oito por cento) sobre a diferença entre a remuneração efetivamente percebida no mês, R\$125,00 (cento e vinte e cinco reais), e o valor do salário mínimo vigente, adotando-se aqui, apenas a título de exemplificação, o valor do salário mínimo vigente em 2017, ou seja, R\$937,00 (novecentos e trinta e sete reais). Destarte, será aplicada a alíquota de 8% sobre o valor de R\$812,00 (oitocentos e doze reais), sendo que a contribuição previdenciária complementar do trabalhador intermitente será de R\$64,96 (sessenta e quatro reais e noventa e seis centavos).

No entanto, em algumas situações, a contribuição previdenciária

90. BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal do Brasil. *Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6*, de 24 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=88247>>. Acesso em: 1º dez. 2017.

complementar poderá ser maior do que o próprio rendimento auferido pelo empregado intermitente durante o mês, principalmente aquele que, diante do atual cenário de desemprego estrutural, possua apenas 1 (um) trabalho intermitente como ocupação formal. Numa situação hipotética de convocação por apenas duas vezes ao mês por cinco horas, adotando-se o mesmo valor da hora em R\$5,00 (cinco reais), a soma das remunerações percebidas durante o mês de referência será R\$50,00 (cinquenta reais). A diferença entre o salário mínimo vigente (R\$937,00) e o valor efetivamente percebido pelo obreiro é de R\$887,00 (oitocentos e oitenta e sete reais). Aplicando-se a alíquota de 8% (oito por cento) sobre o valor da diferença apurada, chega-se ao valor da contribuição previdenciária complementar do trabalhador de R\$70,96 (setenta reais e noventa e seis centavos).

Vê-se que o segundo exemplo revela que o valor da contribuição previdenciária complementar é superior ao que o próprio empregado recebeu a título de remuneração. Isso para um trabalhador de baixa renda e que não possui outra ocupação remunerada significa, na prática, ver perdido o mês de referência para fins previdenciários, visto que, por óbvio, não terá condições de complementar a contribuição exigida.

De fato, se for utilizado um mero raciocínio matemático, considerando que o regime previdenciário é contributivo e solidário, devendo ser observados critérios que preservem o seu equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, caput, da CF/88), e que nenhum benefício ou serviço da seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (art. 195, § 5º, da CF/88), haveria um deficit previdenciário em conceder benefícios que não podem ser inferiores a um salário mínimo (art. 201, § 2º, da CF/88) a contribuintes que recolhem contribuições calculadas sobre remunerações mensais inferiores a um salário mínimo.

No entanto, mesmo não servindo para a aquisição/manutenção da qualidade de segurado da Previdência Social e para fins de contagem de prazo de carência de benefícios, as remunerações inferiores a um salário mínimo efetivamente percebidas pelo empregado continuarão a ser objeto de contribuição previdenciária com a aplicação da alíquota de 8% (oito por cento), visto que o art. 911-A da CLT e o ADI/RFB nº 6/2017 não previram nenhuma isenção a respeito. Caso não recolha a contribuição previdenciária complementar, mesmo contribuindo compulsoriamente com a Seguridade Social, figuras como o trabalhador intermitente que perceberem no mês de referência menos

de um salário mínimo não terão acesso a benefícios previdenciários e não poderão adquirir ou manter a qualidade de segurado.

Critica-se a opção política do Presidente da República, via MPV nº 808/17. Ora, se, por exemplo, o contrato intermitente visa à formalização de vínculos, tal iniciativa deveria ter vindo de maneira completa e não pela metade. Como foi objeto de comentários ao § 3º do art. 443 da CLT, o legislador reformador incorporou ao ordenamento jurídico nacional o modelo de contrato intermitente que possui pouca ou nenhuma salvaguarda em favor do empregado, não dispondo sobre horas mínimas de convocação ou pagamento de percentual da remuneração nos períodos de inatividade, modelo inspirado nas experiências inglesa do *zero-hour contracts* (contratos de zero hora) e americana do *just in time*. A formalização do “bico” passa pela completa proteção do trabalhador, principalmente na questão previdenciária, mormente quanto aos riscos incapacidade/invalidez, maternidade, idade, morte, dentre outros.

Ao importar os modelos contratuais intermitentes inglês e americano, deveriam o legislador reformador e o Presidente da República ter tido a sensibilidade de tratar com mais acuidade a questão previdenciária do trabalhador intermitente. Não é por demais lembrar que os ganhos de tal espécie de empregado são sensivelmente menores do que os do empregado comum, visto que só serão remuneradas as horas, os dias e os meses que são objeto da escala móvel de convocação. Excluir trabalhadores de baixa renda da proteção previdenciária, em vez de servir à formalização do subemprego, geração de empregos e incentivo ao primeiro emprego, intenções manifestadas no relatório final do PL nº 6787/16⁹¹ (que originou a Lei nº 13.467/17), apresentado na Câmara dos Deputados, conspirará para a precarização das relações laborais no campo previdenciário. Deve ser mencionado, por oportuno, que não houve nenhuma modificação na Lei nº 8.213/91 que tratasse de forma especial a concessão de benefícios comuns ou acidentários ao intermitente. O trabalhador intermitente poderá ver a sua aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição chegar mais tarde se comparada com a do trabalhador contínuo que possui recolhimentos previdenciários todos os meses do ano.

Muito embora tal sistemática de complementação da contribuição previdenciária já seja adotada com relação ao contribuinte individual previsto no art. 11, V, da Lei 8.213/91, a exemplo dos prestadores de serviços autônomos

e empresários que aufram ganhos mensais inferiores ao salário mínimo, entende-se que tal situação, nos campos jurídico, social e econômico, é diversa da do empregado intermitente. Ora, o contribuinte individual exerce a sua atividade por conta própria, assumindo totalmente os riscos de sua atividade, ao passo que o empregado, mesmo o intermitente, presta serviços por conta alheia, subsistindo a subordinação jurídica (arts. 2º, 3º e 443, § 3º, da CLT). O prestador de serviços autônomos e o empresário lançam-se no mercado, empreendendo e assumindo toda a sorte de riscos. O trabalhador intermitente, que continua dependente do seu empregador, deve aguardar a convocação patronal para a prestação dos serviços, não havendo nenhuma garantia de quantas convocações receberá no mês de referência ou mesmo se elas ocorrerão. A diferença é evidente.

Poderia a MPV nº 808/17 ter adotado soluções mais brandas do que exigir que o próprio trabalhador celetista intermitente que não conseguisse no mês de referência auferir, no somatório de suas remunerações, um salário mínimo recolhesse contribuição previdenciária complementar. Em primeiro lugar, a medida provisória poderia ter imposto tal obrigação de complementar a contribuição previdenciária ao empregador que optasse por utilizar modalidades de contratação como o contrato de trabalho intermitente. Ora, se o empregador optou pelo bônus de contar com um empregado e pagá-lo apenas quando lhe aprouver convocá-lo, então deveria arcar com certo ônus de lhe garantir um mínimo de cidadania com o acesso à cobertura previdenciária. A MPV nº 808/17 deveria ter determinado que, no caso de o empregado não auferir, no somatório de remunerações percebidas no mês, um salário mínimo, o empregador deveria ser responsável por arcar com a contribuição previdenciária complementar.

A medida provisória poderia ter previsto a concessão de incentivos fiscais da parte do Governo Federal ao empregador que contratasse trabalhadores intermitentes e que arcasse com a contribuição previdenciária complementar, tal qual a concessão de desconto sobre o valor pago a título de imposto de renda a ser requerido junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Tal já ocorre com o programa “Empresa Cidadã”, instituído pelas Leis nº 11.770/08 e nº 13.257/16, regulamentadas pelo Decreto nº 7.052/09, estabelecendo que os empregadores que concedam licença-maternidade de 180 (cento e oitenta) dias e licença-paternidade de 20 (vinte) dias, poderão gozar de incentivos fiscais junto à Receita Federal do Brasil quanto ao pagamento do

91. BRASIL. *PL nº 6787/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

imposto de renda.

Caso o Presidente da República não optasse por atribuir ao empregador o ônus do recolhimento da contribuição previdenciária complementar, considerando que, nos termos do art. 195, caput, da Constituição Federal de 1988 a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, inclusive mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que o § 4º do mesmo dispositivo constitucional diz expressamente que a lei ordinária poderá instituir outras fontes de custeio destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social, deveria a União arcar com o ônus previdenciário equivalente à complementação previdenciária já que escolheu importar para o direito brasileiro, dentre todos, o modelo de contrato intermitente mais aleatório e com menos garantias salariais ao empregado. Isso seria possível, visto que os entes políticos, inclusive a União, são garantidores, por meio de seus orçamentos, da seguridade social, algo que engloba, a toda evidência, a previdência social. Ou, então, poderia a União, por lei ordinária, instituir uma fonte de custeio específica diversa da contribuição previdenciária complementar do próprio empregado para garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário, ou utilizar parte das receitas de outras fontes de custeio, a exemplo das contribuições sobre o faturamento, lucro ou concursos de prognósticos (art. 195, I, “b” e “c” e III, da CF) para custear a cobertura previdenciária de trabalhadores que auferem menos de um salário mínimo no mês de referência, a exemplo do empregado intermitente.

No entanto, tais soluções não foram objeto da escolha política do legislador reformador e do Presidente da República. Assim, além do fato de que os meses em que não haja a convocação para a prestação de trabalho sem a correspondente remuneração não serão levados em consideração para a aquisição, manutenção e contagem do prazo de carência para benefícios previdenciários, nos meses em que ocorrerem convocações e prestação de serviços com ganhos inferiores ao salário mínimo, o empregado que não recolher, por sua conta, até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da prestação de serviços, 8% (oito por cento) sobre a diferença entre a remuneração e o salário mínimo vigente não verá o mês de referência computado como tempo de contribuição.

Marcelo Palma de Brito

ART. 2º O DISPOSTO NA LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017, SE APLICA, NA INTEGRALIDADE, AOS CONTRATOS DE TRABALHO VIGENTES.

Comentários:

Como delineado nos comentários ao artigo 6º da Lei nº 13.467/17, a dimensão temporal das normas jurídicas é objeto de estudo do direito intertemporal, tendo por escopo a delimitação de quais regras regerão determinados fatos, tarefa muitas vezes difícil.

No caso da chamada “reforma trabalhista”, as discussões travadas durante o período de vacância da Lei nº 13.467/17 dividiram opiniões quanto à extensão da nova norma e sua aplicabilidade aos contratos de trabalho vigentes em 11 de novembro de 2017 (data do início da vigência).

Assentamos na primeira edição desta obra que a aplicação da lei nova aos contratos vigentes se impõe, embora de modo temperado, preservando os pilares de segurança jurídica, especificamente no que diz respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e à irredutibilidade salarial.

À vista das divergências interpretativas, no entanto, houve por bem a Presidência da República estabelecer regra expressa de direito intertemporal no bojo da Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, taxando que o “disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”.

Ocorre que a redação supra, por mais cristalina que seja, continua a merecer os mesmos temperamentos já feitos nos comentários ao artigo 6º da Lei nº 13.467/17, no sentido de que a lei do tempo do ato jurídico é a que deve reger a relação estabelecida entre as partes, assertiva que decorre do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal (*tempus regit actum*)⁹² e do artigo 6º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.657/42⁹³.

Desse substrato jurídico-constitucional e da lei sobre leis (LINDB), decorre que a regra material nova tem efeito imediato, aplicando-se aos contratos de trabalho futuros e também aos presentes, existentes ao tempo das novas regras heterônomas erigidas pelo Estado, não ensejando, contudo,

92. BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

93. BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 31 ago. 2017.

efeitos retroativos às rescisões contratuais já efetivadas.

A propósito do comando do artigo 2º da Medida Provisória nº 808/17, importa registrar o que já dispunha o artigo 912 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 912—Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação

Sob tal perspectiva, não há como negar a eficácia da Lei nº 13.467/17 sobre os contratos de trabalho em curso, preservando-se, itere-se, atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos, coisa julgada e irredutibilidade salarial.

Cumprir registrar que a se confirmar minuta que circula na rede mundial (internet) sobre proposta de revisão da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no que diz respeito ao direito intertemporal, o dispositivo sob comentário estaria sendo atropelado, dadas as assertivas de aplicabilidade da lei nova apenas aos contratos celebrados a partir de 11 de novembro de 2011, interpretação que, *data venia*, acabaria por gerar possíveis levantamentos de dispensas coletivas por parte dos empregadores, de modo a permitir-lhes a contratação de novos empregados sob a regência da Lei nº 13.467/17 e suas modificações posteriores.

Finalmente, o dispositivo sob comentário em nada afeta o direito intertemporal processual da “reforma trabalhista”, seguindo inalteradas as conclusões a este respeito já formulada na primeira edição desta obra.

Cleber Martins Sales

ART. 3º FICAM REVOGADOS OS SEGUINTESS DISPOSITIVOS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – CLT, APROVADA PELO DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943:

I – os incisos I, II e III do caput do art. 394-A;

II – os § 4º, §5º e § 8º do art. 452-A; e

III – o inciso XIII do caput do art. 611-A.

Comentários:

Todas as normas expressamente revogadas pela MP nº 808/2017, acima referidas, foram abordadas nos comentários aos próprios artigos que as continham.

Rodrigo Dias da Fonseca

ART. 4º ESTA MEDIDA PROVISÓRIA ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO.

Comentários:

A Medida Provisória nº 808/2017 não trata de nenhuma disposição processual, o que restringe muito as controvérsias acerca da aplicação imediata de seus termos. Tal qual em relação às normas de direito material contidas na Lei nº 13.467/2017, entendemos que as novas regras têm aplicação imediata aos contratos em vigor quando de sua edição, tal qual dispõe o art. 912 da CLT. No mais, remetemos aos comentários ao art. 2º, retro, aplicáveis aqui em sua íntegra.

Aliás, ante o requisito da urgência das medidas provisórias (CF, art. 62, caput), parece-nos fora de dúvida que não cabe *vacatio legis* para essa espécie de diploma legal, devendo sempre suas normas terem vigência imediata.

A MP, portanto, entrou em vigor em 14.11.2017, derogando a Lei nº 13.467/2017.

Rodrigo Dias da Fonseca

A Lei nº 13.467/2017 representa um marco na legislação trabalhista no Brasil. Em um cenário político turbulento, foi aprovado em tempo recorde esse diploma legal que implica em numerosas e relevantes alterações no Direito do Trabalho e Processo do Trabalho em nosso país.

Quatro juízes do trabalho uniram seus esforços e analisaram com minúcia cada nova disposição. Ainda que fosse humanamente impossível despirem-se de seus valores pessoais, histórias de vida, convicções filosóficas, ideológicas e políticas, cada um empreendeu seu melhor esforço para apresentar uma análise racional e ponderada da "nova" legislação trabalhista e da realidade laboral que se descortina.

Sabemos que o teor da reforma trabalhista gera acesa controvérsia e polêmica entre os estudiosos. Em um Estado Democrático de Direito, a divergência é natural e, convenientemente tratada, sadia e profícua. Afinal, com a reforma tivemos avanço ou retrocesso, modernização ou precarização?

Nesta obra, a partir do exame de cada disposição legal, almejamos instigar o leitor a questionar e ponderar sobre o alcance das novas normas trabalhistas e, com o devido suporte doutrinário, buscar suas próprias conclusões.