

REFORMA TRABALHISTA E EFEITO *CLIQUET*:

retrocesso quanto aos direitos fundamentais
relacionados à jornada de trabalho

LAW 13.467/2017 AND CLIQUET EFFECT:

*regression on fundamental rights related
to working day and workload*

Beatriz Martins Lauffer*

Guilherme Anguinoni**

RESUMO

O presente artigo se destina ao exame de questões relacionadas à flexibilização da jornada de trabalho à luz das modificações advindas da Lei 13.467/2017 e do efeito *cliquet*. Partiu-se de uma exposição acerca das características dos direitos sociais, em especial o viés do não-retrocesso, a fim de sustentar que não são viáveis juridicamente alterações lesivas ao trabalhador, vez que seus direitos se inserem no rol de direitos sociais. Em segundo lugar, analisou-se dois temas relevantes e que mostram o tom trazido pela reforma trabalhista: o banco de horas e a jornada de trabalho em regime intermitente. Por fim, concluiu-se que as alterações trazidas com a novel legislação trabalhista não são compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio, possuindo incompatibilidades materiais com a Constituição Federal, Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e princípios gerais de Direito Juslaboral, além de afrontar o princípio da vedação ao retrocesso.

PALAVRAS-CHAVE

Lei 13.467/2017. Flexibilização de jornada. Banco de horas. Jornada intermitente. Efeito *cliquet*. Princípio da vedação ao retrocesso.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Pós-graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário pela EMATRA da 9ª Região; Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. E-mail: beatriz.lauffer@trt4.jus.br.

** Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Advogado com registro na OAB/RS 111.218. E-mail: gui.anguinoni@hotmail.com.

ABSTRACT

This article examines some questions related to working day flexibility from the standpoint of the Law 13.467/2017 and *cliquet* effect. At first, it was made an exhibition about some social rights' characteristics, particularly the non-regression principle, in order to sustain the impossibility of harmful changes to workers. Second, were studied two relevant themes, that shows the reform's tone: flexible working hours and intermittent workload. Finally, it was conclude that legal changes operated are incompatible with constitutional values, International Labour Organization (ILO) International Conventions, general principles of Law, and affront the non-regression principle.

KEYWORDS

Law 13.467/2017. Working day flexibility. Intermittent workload. *Cliquet* effect. Non-regression principle.

SUMÁRIO

- 1 Introdução;
 - 2 Direitos sociais e efeito *cliquet*;
 - 3 Flexibilização da jornada de trabalho;
 - 4 Banco de horas;
 - 5 Regime de trabalho intermitente;
 - 5.1 Problemas jurídicos;
 - 5.2 Problemas políticos;
 - 6 Considerações finais;
- Referências.

Data de submissão do artigo: 10/07/2019

Data de aprovação do artigo: 05/10/2019

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.467 (BRASIL, 2017) veio acompanhada de um sem-número de justificativas pouco palpáveis para sua edição: taxada de instrumento indispensável para a erradicação do desemprego, o lugar comum foi (mal) utilizado como pretexto para alteração de pontos-chave do Direito do Trabalho. De um dia para outro, o Direito Laboral foi sacudido pela implementação de uma lei elaborada de afogadilho, carente de amplo debate social e com vários pontos de possível inconstitucionalidade.

Não se pretende dizer que não há qualquer artigo que seja digno de aplausos, tampouco que a Consolidação não mereça ajustes; no entanto, não se repara em alterações significativas no panorama constitucional brasileiro que possam servir de pretexto para implementação das radicais alterações impostas, algumas delas em evidente contraposição à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho (TST), como ocorre com a Súmula 372 (BRASIL, 2005).

Bem sabemos que a realidade se desenrola, ao seu bel prazer ou desprazer, antes que legislador e tribunais possam compreendê-la em sua integral complexidade. O Direito, ainda que deva servir ao jurisdicionado, nasce falho em seu principal propósito, e de outro jeito não poderia ser. Embora seja sedutora a ideia de que exista uma lei para ditar algo antes mesmo do fato por ela regulamentado existir, prescrevendo como os envolvidos devem juridicamente proceder, todos sabemos que tal concepção é inviável, na medida em que os fatos e atores sociais são a própria gênese da ciência jurídica.

Neste cenário, pretende-se tocar em dois pontos específicos da reforma trabalhista, no tema da jornada de trabalho: a regulamentação do banco de horas e o contrato de trabalho intermitente.

Sobre o banco de horas, perdeu o legislador a oportunidade de equilibrar a balança para pender “menos desfavoravelmente” ao trabalhador, aprofundando ainda mais as possibilidades de utilização do método de compensação de horário. Não se sabe o destino da Súmula 85 do TST de todo arcabouço protetivo produzido pela jurisprudência em torno da controversa figura.

Quanto ao segundo, a regulamentação proposta é deficiente, pois pouco fala da obscura modalidade de contratação, deixando à jurisprudência e à doutrina o árduo trabalho de traçar as linhas específicas de contorno do labor intermitente. Na prática do dia a dia do trabalho e no cálculo das parcelas devidas ao trabalhador, a oficialização do “bico” não parece ter agradado a nenhuma das partes envolvidas. Os tribunais do trabalho pouco têm visto recla-

matórias em que o tema se constitui em razão de ser do petitório. Pelo menos em busca na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a palavra “intermitente” remete tão somente à Súmula 364 (BRASIL, 2016), o que também ocorre no sítio eletrônico do TRT da 4ª Região.

2 DIREITOS SOCIAIS E EFEITO *CLIQUE*T

A Constituição Cidadã (BRASIL, 1988) recebe o epíteto não apenas por marcar a redemocratização brasileira, mas principalmente porque se mostra como guardiã-mor dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Após décadas de regime ilegítimo, a Constituição coloca o indivíduo no centro do sistema jurídico, quase como própria razão de ser do Estado. À exceção de normas notadamente programáticas, de organização governamental, a maioria dos artigos se destina à promoção da dignidade da pessoa humana, tanto individual quanto coletivamente. Neste ínterim, não é demais afirmar que o progresso do direito constitucional se deve ao correto posicionamento e proteção dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio.¹

A dignidade da pessoa humana é, em grande parte, a pedra fundamental de toda estrutura legislativa construída a partir de 1988. O princípio assume lugar de destaque já no artigo primeiro da Constituição e a permeia, como importante instrumento da máxima efetividade das normas e de força integrativa dos dispositivos.

Não obstante a amplitude de definições sobre o tema, certo é que a dignidade da pessoa humana se constitui conforme os valores que emanam de determinado povo, em época específica – ainda que se tenha atingido alguma equidade, neste aspecto,

¹ O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões (MENDES; BRANCO, 2015, p. 135).

nas civilizações democráticas de forma geral, no período após Segunda Guerra Mundial, com as declarações relacionadas aos direitos humanos.

Ao que parece, essa faceta do princípio da dignidade da pessoa humana é a que mais se aproxima dos direitos sociais e, dentre eles, dos direitos dos trabalhadores.

A Constituição arrola os direitos dos trabalhadores a partir do artigo 7º; neste, pretendeu o constituinte estabelecer premissas básicas quanto aos direitos laborais. Os incisos do artigo consubstanciam-se em ora propugnar direito subjetivo à edição de normas ou à criação e preservação de institutos especiais, ora em enunciar dever geral de proteção por parte do legislador (MENDES; BRANCO, 2015, p. 648-649). Ou seja, há no mínimo fixado, pelo constituinte originário, um comando de abstenção à legislação posterior, quase como que uma indicação do caminho a ser traçado, quando se trata de leis relacionadas aos trabalhadores. Em outras palavras, verifica-se a gênese de pelo menos direito subjetivo no sentido negativo.

Por conseguinte, causa certa perplexidade que sobrevenha legislação de considerável impacto nas normas trabalhistas vigentes e na jurisprudência pacificada juslaboral em que não se verifica o cuidado em preservar o patamar civilizatório alcançado.

Neste ponto, merece ser retomada a lúcida visão de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 115), quando defende que “os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade da pessoa humana”.

Nesta seara de ideias, não se mostra fora de contexto a conexão entre segurança jurídica e dignidade da pessoa humana; com efeito, leciona Sarlet (2018, p. 453) que:

[...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabi-

lidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas (SARLET, 2018, p. 453).

Adentra-se, nestes termos, em perspectiva social, para além das fronteiras formais constitucionais fixadas. Afinal, não se pode conceber sequer a plena materialização dos direitos fundamentais de primeira dimensão (os quais se destacam pela abstenção do Estado em relação ao indivíduo), quanto mais se poderia cogitar de implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão – que demandam posicionamento efetivo governamental para que se perfeçam.

Se for concebida a ideia de entendimento e prática das dimensões de direitos fundamentais de forma concomitante e de maneira prospectiva, não se encontra motivo minimamente palpável para que qualquer normatividade ordinária (ou mesmo de carácter autónomo) possa atuar em direção diametralmente oposta.

A barreira para tanto pode ser encontrada no princípio de vedação do retrocesso. Citando Canotilho e Vital Moreira, Sarlet (2018, p. 459) explica que a proibição do retrocesso pode ser considerada:

[...] uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, nesse contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contramedidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução (CANOTILHO; MOREIRA apud SARLET, 2018, p. 459)

Vale ressaltar, no aspecto, que o princípio em testilha deve ser balizado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Não se trata de proibir toda e qualquer legislação que impacte diretamente nos direitos sociais, mas sim de se impor filtragem constitucional intensa aos atos de notado cunho retroativo, em

perfeito uso do chamado “efeito *cliquet*”². Outra coisa não se pode esperar de uma nação que ao menos pretenda viver sob a ótica de uma Constituição efetivamente normativa, com o intento de que se tornem realidade para cada pessoa em seu território as belas palavras de que se valeu o constituinte de 1988 para descrever uma sociedade livre, justa e solidária – ainda que surgida de um passado obscuro e antidemocrático. Mesmo que se assuma certa dificuldade na tarefa de implementação integral dos direitos sociais, o princípio da vedação do retrocesso se mostra como instrumento relevante na conquista, sob pena de que o pouco já alcançado nesta área se esvaia entre nossos próprios dedos³.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

O surgimento do Direito do Trabalho em muito se deve ao advento do trabalho livre, subjetivamente concebido, e em larga escala. Logo, não é demais afirmar que a razão de ser da seara juslaboral tem suas raízes nas (más) características do sistema capitalista. Deixamos claro, neste ponto, que não se trata de demonizar um sistema de produção e de santificar qualquer outro (esclarecimento oportuno e necessário nos tempos em que vivemos), mas de colocar os fatos ao leitor tais quais como o foram – e como são.

No compasso do dinamismo da sociedade e da economia, é de se esperar que sobrevenham mudanças legislativas; se cabe ao Direito servir à sociedade que lhe serve de “inspiração material”,

² Nas palavras de George Marmelstein, os franceses chamam esse fenômeno de ‘efeito *cliquet*’ (*effet cliquet*), em alusão a uma técnica de engenharia mecânica que impede a reversão de um processo, uma vez ultrapassado um determinado estágio, simbolizado por um som de ‘clic’. É como uma chave fechando uma porta, que impede o retorno através dela (MARMELESTEIN, 2014, p. 279).

³ Como bem assinalado por Ingo Sarlet, em “*Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso: desafios e perspectivas*” (SARLET, 2010, p. 28).

por assim dizer, conseqüente e lógico que à ciência jurídica sejam concedidas novas bases ou roupagens.

No entanto, o que se espera (ordinariamente) é que sociedade e Direito evoluam concomitantemente – em uma definição corriqueira, que promovam a dignidade da pessoa humana, e não o inverso.

A palavra “flexibilização” está longe de soar estranha aos operadores do Direito do Trabalho. Muito bem sabemos que, há algumas décadas, a flexibilização das normas trabalhistas bate à nossa porta.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2015), crises financeiras e revoluções tecnológicas foram fatores vitais para que um novo pensamento acerca do direito trabalhista começasse a tomar forma. Busca-se, nesta medida, solução que seja equânime aos polos da relação empregatícia, ou seja, que atenda concomitantemente à preservação da atividade empresarial, em observância ao art. 170 da Constituição, e ao princípio de proteção ao trabalhador.

Bem sabemos também, de experiência puramente empírica, que a corda costuma arrebentar do lado mais fraco. Discorrendo sobre o *status quo* após a crise financeira de 2008, Fábio Ribeiro analisa a situação posta, sustentando que:

[...] o que se tem é a recorrente defesa, nos países da periferia do globo, da ideia – densamente ideológica, nada obstante se apresente como um fato da vida natural – de que é preciso ceder na proteção social para se alcançarem os investimentos indispensáveis ao progresso nacional e a redenção da classe trabalhadora pelo acesso ao emprego (não importa muito a qualidade deste). Essa retórica não é novidade alguma e redundou, desde sempre, no desencontro de opiniões entre os idealizadores de políticas públicas situados em locus antagônicos do espectro político (RIBEIRO, 2017).

Por mais que o Direito do Trabalho se esforce em aparar a simetria típica das relações empregatícias, alguns fatores remam no sentido oposto da corrente.

A jornada de trabalho tem sido um dos temas mais discutidos, no que tange à flexibilização do Direito do Trabalho, ante o disposto no artigo 7º, XIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e na Súmula 85 do TST (BRASIL, 2016). Isso não significa que toda e qualquer alteração do contrato de trabalho, neste particular, está autorizada; contudo, a autorização constitucional para modificação do modelo de jornada empreendido pode dar asas à criatividade das partes inerentes ao contrato de trabalho – as quais, até hoje, restaram devidamente aparadas pela jurisprudência, que determinou os limites a serem respeitados nas negociações coletivas.

Até meados de novembro de 2017, havia parâmetros para as mudanças autônomas na jornada de trabalho. Sempre se entendeu que o inciso XIII da Constituição (BRASIL, 1988) permitia compensações de jornada via **acordo ou convenção coletiva** de trabalho; portanto, inviável que esta mudança se desse de forma individual, à exceção do previsto à Súmula 85, I do TST (BRASIL, 2016).

A Lei 13.467 (BRASIL, 2017) inseriu o parágrafo 5º no artigo 59 da CLT (BRASIL, 1943), permitindo que o sistema de “banco de horas” seja ajustado de modo individual, com compensação no período de seis meses.

Independentemente do (elástico) período de compensação, o dito parágrafo destoa da compreensão acerca do tema efetuada até então, por jurisprudência tranquila e pacífica. Diante disso, questiona-se a possibilidade de longa vida do dito parágrafo no capítulo celetista relativo à jornada, eis que em desarmonia com o posicionamento fixado até então.

4 BANCO DE HORAS

O sistema de compensação horária via banco de horas veio à luz na legislação brasileira por meio da Lei 9.601 (Brasil, 1998) e, após sofrer alterações por medidas provisórias, teve sua redação

final (ou pelo menos vigente até momento anterior à reforma trabalhista) fixada pela EC 62/2001 (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 130). Dito por Vólia Bomfim Cassar, o banco de horas se trata de:

[...] espécie de compensação de jornada aleatória, sem critérios fixos. O entendimento da jurisprudência era no sentido de só autorizar esse tipo de compensação via norma coletiva (súmula 85, V do TST), exatamente porque é nefasto ao trabalhador, que não pode se programar. O § 5º do art. 59 da CLT visou autorizar a compensação de jornada por banco de horas também por ajuste escrito entre empregado e empregador, desde que, nesse caso, a compensação ocorra em seis meses (CASSAR, 2018, p. 44).

Percebe-se com facilidade que o antigo dispositivo acerca do tema já se mostrava problemático, no que tange à proteção de direitos do hipossuficiente. Como cediço, as parcelas salariais devem ser pagas ao empregado até o quinto dia do mês seguinte, mas na modalidade banco de horas o referido pagamento pode se estender por seis ou até doze meses; dentre outras críticas ao sistema, a mais óbvia delas consiste na evidente perda sofrida pelo trabalhador: há trabalho por uma hora além da jornada contratada, e a compensação é feita com base na mesma hora – e não uma hora acrescida de 50% (SILVA, 2017).

Diante dos malefícios aos trabalhadores, a jurisprudência bem delimitou que a adoção do sistema de banco de horas apenas seria possível via coletiva; com efeito, faz-se quase uma “paridade de armas material”, pois o acerto se dá entre sindicatos, ou sindicato e empresa.

Por oportuno, vale ressaltar que não houve alteração do artigo constitucional pertinente (art. 7º, XIII), antes ou após a reforma, ou qualquer outro motivo relevante justificador para alteração do entendimento da necessidade de acordos e convenções coletivos para engendrar virada substancial de entendimento jurisprudencial acerca do tema.

Em mais um passo em falso, na mesma temática, o legislador fez constar no art. 59-B, parágrafo único (BRASIL, 1943), que a prestação habitual de horas extras não descaracteriza o banco de horas firmado, em contrassenso semântico, uma vez que horas laboradas extraordinariamente podem ser ordinárias.

Faz-se letra morta de todas as disposições atinentes à saúde e segurança do trabalho e limites de horas laboradas, como se as leis trabalhistas se dirigissem a alguma outra espécie que não seres humanos: pagamento correspondente ao trabalho em excesso é realizado quando o empregador assim decidir (e, esperamos, antes da estafa completa do trabalhador), ou então o empregado desfrutará tardiamente de descanso.

Cabe aqui a acurada observação realizada por Souza Junior *et al.*, para quem:

[...] o legislador reformista, em sua sanha flexibilizatória e dentro dos influxos de um lastimável retorno ao contratualismo individualista, promove absurda regressão na tutela jurídica do chamado 'banco de horas', permitindo a sua fixação no âmbito da pactuação meramente individual, ainda que por escrito, terreno esse sabidamente sujeito a abusos e arbitrariedades, haja vista o clássico e conhecido binômio hipossuficiência/subordinação do trabalhador [...] (SOUZA JUNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018, p. 68).

No mesmo sentido, ainda, Humberto Campos e Leonardo Souza sustentam que:

Não ultrapassando os limites do enfoque jurídico do dispositivo alterado, a abertura para a pactuação de banco de horas por acordo individual escrito possibilitará, inegavelmente, certo abuso de poder econômico na relação trabalhista, na medida em que as retribuições pecuniárias por horas extraordinárias poderão ser realocadas na forma de banco de horas, agora não mais na semana (súmula 85, TST), mas semestralmente, confor-

me redação dada pelos §§ 2º e 5º do art. 59 da lei 13.467/2017. [...] Ao contrário do mencionado antes no texto, nesse ponto não se tratava de protecionismo exacerbado, buscando a norma exatamente evitar o abuso do posto patronal (CAMPOS; SOUZA, 2017, p. 215).

Diante do parecer da doutrina especializada, parece de extrema importância a aplicação do princípio da vedação do retrocesso quanto às mudanças empreendidas acerca do sistema de compensação por banco de horas – pois patente o declínio na promoção e proteção dos direitos sociais.

Não se pode conceber o atingimento das metas constitucionais ao Estado Democrático de Direito por via transversa, que não respeite os direitos fundamentais também preconizados ao art. 7º, tampouco que tenda a retirar posicionamentos vantajosos conquistados.

Por tais motivos, entendemos que os julgadores e demais intérpretes da ciência jurídica, no ponto, podem se utilizar do princípio da vedação do retrocesso para afastar efeitos deletérios trazidos pela nova redação do art. 59 da CLT.

5 REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE

Discorrido sobre o tema do banco de horas, outro ponto controverso da reforma trabalhista foi a instituição do regime de trabalho intermitente. Este está previsto no art. 443, § 3º da CLT, que o define como sendo

[...] 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 (BRASIL, 1943).

Ele é, ainda, regulado no art. 452-A e parágrafos, também do texto consolidado. Existem alguns requisitos formais a serem observados a fim de caracterizar este regime de labor, tais como a celebração via contrato escrito e o ajuste do salário-hora de modo que se observe o salário mínimo ou o salário-hora dos empregados efetivos que ocupem a mesma função.

As principais mudanças que distinguem o contrato de trabalho sob regime intermitente e o contrato de trabalho tradicional são relacionadas à jornada de trabalho e ao modo como se dá a remuneração pelos serviços prestados. Estas são alterações de paradigma que, conforme se pretende demonstrar a seguir, flertam com a inadequação ao ordenamento jurídico pátrio, bem como com alguns conceitos básicos do Direito Juslaboral, tais como o requisito da não eventualidade para caracterização da relação de emprego.

5.1 Problemas jurídicos

Passado algum tempo desde o início da vigência da modalidade de trabalho em regime intermitente, já é possível verificar questões problemáticas a seu respeito. Estas vão desde questões jurídicas quanto também questões com cariz socioeconômico.

No que concerne às possíveis mazelas jurídicas do contrato de trabalho em regime intermitente, podemos dividir estas em três grupos: violação a princípios e conceitos-chave do Direito Juslaboral, violação à Constituição Federal e violação a normas de Direito Internacional (Convenções da Organização Internacional do Trabalho).

A redação dada ao art. 443 da CLT (BRASIL, 1943) aparenta ir de encontro com o conceito de empregado inculcado no art. 3º do texto Consolidado. Na forma do artigo citado, apenas pode ser considerado empregado – ou seja, parte contratada na relação de emprego – aquele que presta serviços de natureza *não eventual* ao empregador. O regime intermitente de trabalho, no entanto, re-

lativiza ao extremo este conceito basilar do Direito do Trabalho brasileiro, uma vez que sua principal característica é justamente permitir a eventualidade da prestação de serviços, ou mesmo, que esta sequer ocorra, se for o caso.

Esta se mostra como uma primeira incompatibilidade jurídica da nova figura criada pela Reforma Trabalhista, pois a não eventualidade sempre fora requisito indispensável para caracterização do vínculo de emprego. Hodiernamente, com a redação dada ao parágrafo 3º do artigo 443 da CLT (BRASIL, 1943), passa-se a admitir como relação empregatícia uma situação de fato que tem natureza esporádica, eventual, ou seja, sem caráter de continuidade.

Um problema que surge a partir deste novo conceito é a possibilidade de constituição de contratos “zerados”, ou seja, contratos de trabalho válidos, legais (*stricto sensu*) mas que, no entanto, não necessariamente serão levados à plenitude, ou seja, em que não necessariamente haverá prestação de serviços e, conseqüentemente, contraprestação pecuniária. Importa destacar, neste tocante, o comentário de Homero Batista Mateus da Silva, que oportunamente destaca os riscos oriundos de tal situação:

[...] o art. 452-A oficializa não somente o “bico”, mas também o contrato-zero. Causou furor o contrato-zero quando alguns países, com a Inglaterra, o instituíram e, de fato, mal se podia imaginar que a legislação brasileira fosse incorporar esse conceito extremamente controvertido de manter empregados registrados sem assegurar salário nem trabalho. A ideia do art. 452-B nada mais é do que a elaboração de um cadastro com os dados do empregado para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado (SILVA, 2017, p. 73).

Em prosseguimento à análise das novas características – podemos assim dizer, “peculiares” – advindas com a reforma trabalhista, cita-se o distanciamento também do requisito da subordinação, no que toca ao contrato intermitente. Isto se dá na medida em que o empregado possui liberdade para recusar a convocação do empregador.

Este novo paradigma faz *tabula rasa* tamanha que o legislador se viu obrigado a inserir a norma que restou insculpida no § 3º do art. 452-A, que expressamente prevê que “a recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente”. Em que pese a evidente estranheza decorrente da leitura da referida norma, este foi o meio encontrado pelo legislador para tentar sustentar – ainda que de maneira frágil e, com o perdão da expressão, simplista – a nova figura jurídica criada. Para fins exclusivos do contrato de trabalho intermitente, não se subordinar ao chamamento para o trabalho não importa em não subordinação (BRASIL, 1943).

O contrato de trabalho intermitente difere, ainda, da modalidade comum de contratação também no que toca ao momento em que se dá a contraprestação pelo serviço prestado. Via de regra, o pagamento do salário ocorre de maneira quinzenal ou mensal. No entanto, a nova modalidade de trabalho advinda com a reforma trabalhista prevê, no parágrafo 6º do art. 452-A – de maneira demasiado genérica, vale destacar – que o pagamento da remuneração se dará “ao final de cada período de prestação de serviços” (BRASIL, 1943).

De plano é possível perceber a insegurança que a redação da norma causa para o trabalhador, afinal, a expressão “período de prestação de serviços” é demasiado imprecisa, ampla. Alguns doutrinadores esclarecem que a intenção do legislador teria sido no sentido de que, dependendo da regularidade com que ocorra a prestação de serviços, o pagamento será feito ao final de cada dia de trabalho, ou de maneira semanal ou mensal. Neste sentido, Homero Batista Mateus da Silva:

[...] a ideia do legislador é que a diária seja paga ao final do expediente, se os bicos forem esparsos, ou ao final da semana ou do mês, se forem mais regulares; a expressão utilizada é pagamento “ao final de cada período de prestação de serviço” (SILVA, 2017, p. 76).

Em que pese tal conceito doutrinário, o fato é que o trabalhador jamais terá certeza de quando lhe será feito o pagamento pelos serviços que está a prestar.

Conforme se pode verificar, é juridicamente frágil a nova modalidade de contratação que se visa erigir ao *status* de verdadeiro contrato empregatício, qual seja, a do contrato de trabalho intermitente. Isto seja porque ela é aparentemente incompatível com os princípios e fundamentos mais básicos do Direito Juslaboral pátrio em mais de um ponto, seja porque fere sobremaneira o empregado, que se vê em situação precária, face a insegurança ínsita à relação de emprego em regime intermitente. Neste sentido, comenta Maurício Godinho Delgado:

A precarização instigada por esse novo instituto é tão evidente que o pagamento das verbas é realizado no próprio dia da prestação de serviços. Dessa maneira, ao final do expediente, esse empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado, adicionais legais (art. 452-A, § 6º, CLT) (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 156).

Nada obstante, é discutível, ainda, a constitucionalidade e inconveniência dos dispositivos inseridos pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017), conforme se passa a expor. Por se tratar de lei, a reforma trabalhista se submete a um duplo controle material vertical de compatibilidade: deve estar em conformidade com a Constituição Federal e com os tratados internacionais sobre direitos humanos (nos quais se enquadram os tratados internacionais sobre Direito do Trabalho, face ao claro cariz social e essencial deste ramo do Direito). Em suma, para que uma norma legal seja válida no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser compatível com o texto constitucional bem como com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Neste ponto, deve-se destacar que as novas disposições trazidas pela Lei 13.467 (BRASIL, 2017) já estão sendo discutidas e confrontadas com algumas normas constitucionais e convencionais. A primeira afronta ao texto constitucional suscitada é ao art. 7º, VII, da Constituição, que prevê que

são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...] garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (BRASIL, 1988).

A referida norma é clara ao dispor que o fato de estar na condição de empregado importa necessariamente no recebimento de salário. Tal ideia é absoluta, não passível de relativizações.

No entanto, a natureza do contrato de trabalho intermitente é justamente oposta a esta ideia. Conforme já referido anteriormente, é plenamente viável – pelo teor da novel legislação - a existência de contratos-zero, em que o trabalhador é formalmente contratado – ou seja, é empregado – mas em que, caso não seja chamado em nenhuma oportunidade, ou não aceite a convocação, não receberá salário. A violação ao inciso VII do artigo 7º da Constituição parece insuperável, pois a disposição legal é diametralmente oposta à constitucional.

Intimamente ligada a este ponto está aparente violação ao conteúdo normativo da Convenção 131 da OIT (ORGANIZAÇÃO, 1984). Esta norma de direito internacional prevê a garantia de salário mínimo mensal, uma vez que determina, em seu artigo 1º, que o país signatário deverá “estabelecer um sistema de salários-mínimos que proteja todos os grupos de assalariados cujas condições de trabalho forem tais que seria aconselhável assegurar-lhes a proteção” (Süssekind, 1994, p. 294).

Ora, o contrato de trabalho intermitente sequer garante que o empregado receberá qualquer salário ao final de um mês. É evidente, pois, que jamais atenderá à garantia de recebimento do salário mínimo. Destarte, há clara incompatibilidade entre a figura do contrato de trabalho intermitente e as normas constitucionais e convencionais acima destacadas.

Existe, ainda, discussão acerca da incompatibilidade do regime intermitente de trabalho com a norma insculpida no inciso XIII do art 7º da Constituição Federal. Esta norma garante ao empregado a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Em um primeiro olhar, pode-se imaginar que não há óbice algum entre esta norma e a adoção de jornada de trabalho intermitente, desde que esta não extrapole os limites constitucionais.

Ocorre que a norma do art. 7º, XIII da Constituição Federal deve ser analisada de maneira mais profunda. Mais do que prever um limite máximo para a jornada de labor, este dispositivo garante, também, que “efetivamente exista uma jornada de trabalho”. Ora, se o empregado tem garantido um limite para a jornada, é certo que tem garantida, também, a existência da própria.

Em resumo, é direito de todo empregado possuir uma jornada laboral, ou seja, ter certeza de que a prestação de serviços será necessária, ainda que este período seja variável, maleável. Com efeito, não poderia ser diferente. Se alguém é contratado, certamente o é, pois há necessidade de serviço, ou seja, há demanda por parte do empregador. Sendo assim, nada mais natural do que ser direito do contratado exigir que lhe seja disponibilizada a oportunidade de trabalhar, a fim de poder exigir o seu direito mais primordial, que é a remuneração.

É uma questão lógica: ninguém se coloca em uma relação como empregado senão para que possa receber salário. Negar que o contratado possa prestar os serviços pelos quais se comprometeu importa em irremediável violação de seus direitos.

5.2 O problema político

O principal problema de cariz política sobre o tema é a quase absoluta ausência de discussão aprofundada sobre as consequências que a alteração legal importaria. Ainda, os motivos justificadores de tais mudanças são, até hoje, obscuros, senão inexistentes.

O cenário socioeconômico brasileiro atual é lastimável, sendo que o índice de desemprego supera os 12,5%, ou seja, um em cada oito potenciais trabalhadores está desempregado (SARAI-VA; PERET, 2019). Tal situação de extrema concorrência pelas vagas existentes, somada à urgência pela busca de fontes de subsistência estimula que o trabalhador se sujeite a situações que lhe são desfavoráveis, como é o regime de trabalho intermitente, por todos os motivos já expostos.

A lógica é simples e cruel: a possibilidade de recebimento de alguma remuneração é melhor do que a certeza do não recebimento de qualquer salário. Os trabalhadores se sujeitam a condições que não lhes garantem um mínimo de segurança jurídica e financeira (como as citadas nos tópicos precedentes), sem que tenham forças para lutar e reivindicar seus direitos.

O panorama exposto, associado à fragilidade do sistema sindical calcado na unicidade, não parece trazer boas novas àqueles que tanto dependem da legislação pátria e da negociação coletiva para lhes serem assegurados patamar mínimo civilizatório.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.467 (BRASIL, 2017) tem sido alvo de intensa discussão. Alguns pontos da lei podem ser alvo de acalorados debates. Seja pela ausência de estudos concretos na elaboração da norma, seja pelas significativas alterações por ela promovidas, dificilmente os agentes do mundo capitalista passarão incólumes pelas modificações proporcionadas pela chamada “reforma trabalhista”.

Foram objetos de análise no presente artigo dois pontos específicos da lei em que percebemos divergência entre a novel legislação e o espectro de direitos sociais edificados até então. Pode-se dizer, neste aspecto, que a reforma trabalhista não parece ter concedido alguma relevância ao princípio da vedação do retrocesso. Sob este viés, direcionamos o foco de estudo às alterações realizadas quanto ao sistema de banco de horas e na figura do contrato de trabalho intermitente.

O sistema de banco de horas já sofria críticas doutrinárias mesmo antes da vigência da reforma trabalhista. Apesar da necessidade de implementação do sistema compensatório em tela via negociação coletiva, este não se mostrava benéfico ao trabalhador. Com a possibilidade de instauração deste regime via individual, tememos que as inseguranças e queixas acerca do banco de horas serão aprofundadas e, por consequência, o trabalhador arcará com a opção de caráter duvidoso feita pelo legislador.

Não vemos acerto também quanto ao contrato de trabalho intermitente. Além de o modelo proposto não se coadunar com os requisitos título do vínculo empregatício, traz certo desconforto ao leitor do artigo 7º, VII e XIII da Constituição Federal. Da mesma forma em que ocorre no item supra, não verificamos vantagens à classe trabalhadora nesta modalidade contratual.

Em síntese, em que pese a promulgação da Lei 13.467 (BRASIL, 2017) há mais de um ano, ainda não se percebe que as significativas alterações possam ser bem vistas por empregados e empregadores; enquanto os últimos padecem pela evidente falta de segurança jurídica, aqueles se veem ameaçados da perda de direitos que (se entendia) conquistados.

Resta ao tempo, à doutrina e à jurisprudência a análise dos institutos, sempre à luz dos princípios constitucionais e do Direito do Trabalho – especialmente porque mantida a assimetria típica da relação *juslaboral*.

Não se revoga o princípio da primazia da realidade, afinal de contas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 26 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, Distrito Federal: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 85**. Compensação de jornada (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. Brasília: DF, Tribunal

Superior do Trabalho, 2016. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 364**. Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente (inserido o item II) – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. Brasília: DF, Tribunal Superior do Trabalho, 2016. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-364. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 372**. Gratificação de função. Supressão ou redução. Limites (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Brasília: DF, Tribunal Superior do Trabalho, 2005. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-372. Acesso em: 12 set. 2019.

CAMPOS, Humberto Augusto Alves; SOUZA, Leonardo Rodrigues de. A autonomia negocial e a flexibilização dos direitos trabalhistas: a subversão do *effet cliquet* (princípio da vedação do retrocesso). *In*: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. MARTINEZ, Luciano. **Desafios da reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 207-222.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista**. 3. ed. São Paulo: Método, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Método. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do efeito *cliquet* ou princípio da vedação de retrocesso, **Revista Jus Vigilantibus**, 13/05/2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 279.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 131**. C131 – Fixação de Salários Mínimos, Especialmente nos Países em Desenvolvimento. Brasília: DF, 1984. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235860/lang--pt/index.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

RIBEIRO, Fábio Túlio Correia. A reforma trabalhista sob a ótica da cláusula de vedação ao retrocesso social, observada a força centrípeta das contingências econômicas – um novo round de uma velhíssima batalha. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 95-155, out/dez. 2017.

SARAIVA, Adriana; PERET, Eduardo. **Desemprego sobe para 12,7% com 13,4 milhões de pessoas em busca de trabalho**. [Rio de Janeiro], 31 maio 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24283-desemprego-sobe-para-12-7-com-13-4-milhoes-de-pessoas-em-busca-de-trabalho>. Acesso em: 16 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas a respeito dos direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso: desafios e perspectivas. **Cadernos da AMATRA IV**, ano 5, n. 13, p. 13-47, jun. 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**: análise da Lei 13.467/2017: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA JUNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da lei 13.467/2017 e da Med. Prov nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo, LTr, 1994.