

REFORMA TRABALHISTA

**ANÁLISE DO DIREITO MATERIAL À
LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

LEDA MARIA MESSIAS DA SILVA
LEANDRA CAUNETO ALVÃO
JEFERSON LUIZ CATTELAN

REFORMA TRABALHISTA

ANÁLISE DO DIREITO MATERIAL À
LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE





LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Dezembro, 2019

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: R. P. TIEZZI
Projeto de Capa: DANILO REBELLO
Impressão: PSP DIGITAL

Versão impressa — LTr 6249.2 — ISBN 978-85-301-0153-4
Versão digital — LTr 9671.8 — ISBN 978-85-301-0164-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Silva, Leda Maria Messias da

Reforma trabalhista : análise do direito material à luz dos
direitos da personalidade / Leda Maria Messias da Silva, Leandra
Cauneto Alvão, Jeferson Luiz Cattelan. — São Paulo : LTr, 2020.

Bibliografia.

ISBN 978-85-301-0153-4

1. Ambiente de trabalho 2. Direito comparado 3. Direito do
trabalho 4. Direito material 5. Personalidade (Direito) 6. Reforma
constitucional I. Alvão, Leandra Cauneto. II. Cattelan, Jeferson
Luiz. III. Título.

19-32300

CDU-34:331.001.73

Índice para catálogo sistemático:

1. Reforma trabalhista : Direito do trabalho 34:331.001.73

Cibele Maria Dias — Bibliotecária — CRB-8/9427

A CLT já regularizava a exclusão de algumas atividades do controle de jornada de trabalho, como é o caso das funções de gerentes e diretores, chefes de departamento, trabalhadores externos que exercem atividade incompatível com a fixação de horários e, agora, acrescentou, analogamente, os teletrabalhadores.

No teletrabalho, o controle da jornada de trabalho pelo empregador é plenamente possível, em razão de software e hardware que conseguem avaliar e quantificar a produtividade dos trabalhadores. É importante ressaltar que, se a empresa, por qualquer forma, controlar a jornada de trabalho em 8 (oito) horas diárias, descaracteriza essa condição e acarreta o direito ao teletrabalhador de ser indenizado. Trata-se de aplicar o Princípio da Primazia da Realidade: importa o que faticamente acontece.

A exclusão do controle de jornada do teletrabalho significa dizer que foram retirados os direitos de horas extras, adicional noturno, hora intrajornada e interjornada. A limitação da jornada de trabalho é uma proteção à vida e à dignidade humana do trabalhador. O excesso de trabalho ofende a saúde e a personalidade do trabalhador hipossuficiente. A dignidade humana é um valor indisponível e de interesse social, devendo ser efetivo a todas as pessoas.

Art. 71. [...]

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (NR)

O dispositivo contraria os incisos I e III da Súmula n. 437 do TST, configurando um retrocesso social, posto que a supressão do intervalo prejudica a saúde do trabalhador. O intervalo é essencial para o descanso e a alimentação do obreiro, fundamental para recarregar as energias e retomar o trabalho.

O pagamento integral do intervalo era realizado como forma de aplicar uma sanção ao empregador que suprimisse o intervalo, em razão da relevância do tema. Porém, com a reforma, a supressão parcial ou integral terá natureza indenizatória, proporcionalmente ao tempo que foi reduzido.

O legislador altera a natureza e a essência de um instituto para beneficiar os empresários que descumprem a lei e degradam o meio ambiente de trabalho. O pagamento ainda perde a natureza salarial e todos os reflexos dele decorrentes, para ser apenas indenizatório.

Parafraseando Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 124), os recolhimentos previdenciários e fiscais não podem ser adulterados; ou seja, é ilegítimo nomear indenização aquilo que é salário, com o propósito de exclusão da base de cálculo do INSS.

É oportuno frisar que existe a possibilidade de o empregador controlar a produção e a jornada de trabalho do empregado, utilizando *softwares* que supervisionam, por quantidade produzida ou pelo monitoramento do tempo à disposição, com os recursos tecnológicos auxiliando no reconhecimento de horas extras. O princípio da primazia da realidade proclama que, afastando a incidência do art. 62, III, da CLT, ratifica-se o entendimento à aplicação do art. 6º da CLT.

Na Justiça do Trabalho, vige o princípio da primazia da realidade: não é apenas o local onde a atividade é prestada que determina as normas que serão aplicadas, mas, sim, se estão presentes os pressupostos da relação de emprego; se há subordinação, como controle de tempo ou jornada, onerosidade, habitualidade, pessoalidade e pessoa física.

Art. 134. [...]

§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

§ 2º (Revogado).

§ 3º É vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado. (NR)

O acordo individual entre empregador e empregado permite o fracionamento das férias em três períodos, observado os seguintes requisitos. Primeiro, a Convenção n. 132 da OIT, que assegura um período mínimo de 14 (quatorze) dias para o fracionamento das férias. Segundo, os demais períodos não podem ser inferiores a 5 (cinco) dias. Ressalte-se o impedimento de as férias serem iniciadas em véspera ou antevéspera de domingos e feriados.

Foi revogada a proibição de fracionamento de férias para os adolescentes menores de 18 (dezoito) anos e para as pessoas com idade acima de 50 (cinquenta) anos, sendo preciso adequar a norma à realidade social. Hoje, uma pessoa com mais de 50 (cinquenta) anos possui boas condições de saúde, estando habilitada a exercer seu trabalho normalmente, sem maiores problemas.

Após o período aquisitivo de 12 (doze) meses, o empregado terá direito a um mês de férias a ser gozado em momento determinado ao longo dos 12 (doze) meses seguintes; na oportunidade, o empregado receberá o salário normal acrescido de um abono especial de 1/3 (um terço) sobre a remuneração para gozo das férias.

O empregado terá direito a tirar férias com menos de 30 (trinta) dias nas seguintes hipóteses: se faltar de 6 (seis) a 14 (quatorze) vezes durante o período aquisitivo, terá direito a 24 (vinte e quatro) dias de férias; se faltar de 15

dano. A vida, a dignidade, a saúde e demais direitos da personalidade humana são assegurados para efetivação da democracia social.

A dignidade humana é mais que um princípio constitucional, é um valor natural, supremo e preexistente à convivência humana (SILVA, 1998, p. 84-94). A dignidade não é disponível, nem há como ser alienada; ela é inerente à própria condição humana. A fraternidade, para o cristão, é a capacidade de mudar e conscientizar a pessoa na direção da igualdade e da justa medida, estando norteado pela dignidade humana (SARLET, 2002, p. 24).

Art. 396. [...]

1º [...]

§ 2º Os horários dos descansos previstos no *caput* deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. (NR)

A alteração proposta possibilita o acordo individual entre a lactante e o empregador para pactuar os dois períodos de meia hora de parada para amamentação, devendo eliminar a hipótese de unificar os dois períodos para a empregada sair mais cedo. O *caput* do art. 396, terminantemente, contemplados descansos durante a jornada de trabalho, de modo que tais não podem ser unificados. A regra tem como cerne uma luta histórica e social de proteção à criança e do direito à amamentação, o que não significa cumprir uma formalidade da lei e encerrar a jornada uma hora mais cedo.

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.

A reforma pretende estabelecer que o contrato escrito define se o trabalhador é autônomo ou empregado, porém esta alteração não revogou o art. 3º da CLT: “Considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Continua vigente o princípio da primazia da realidade; ou seja, diante das características que configuram a relação de emprego, ela será reconhecida, mesmo com assinatura do contrato de autônomo.

O empregador pessoa jurídica, ainda que despersonalizado, é aquele que assume o risco da atividade e contrata o pessoal. Segundo o art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

O trabalhador autônomo é aquele que não possui subordinação com a empresa, podendo executar o serviço no tempo que achar necessário. O autônomo não tem vínculo direto com uma empresa, sendo-lhe facultado executar

serviços a várias empresas, sendo vedada a cláusula que obrigue exclusividade da parte do prestador de serviço, que assume o risco por sua atividade. O trabalhador autônomo pode, ainda, recusar a prestar o serviço, sendo aplicada, neste caso, a penalidade prevista no contrato.

O fato de o empregado assinar um contrato com o empregador, como autônomo, não afasta o vínculo empregatício, que é um direito irrenunciável e indisponível; é impraticável uma cláusula por si determinar a renúncia a todo o direito do trabalho e incluir o trabalhador como autônomo, quando presentes os requisitos do contrato de trabalho. Cabe salientar, ademais, que a legislação trabalhista é inafastável por vontade das partes.

Os trabalhadores autônomos podem prestar serviços de qualquer natureza para vários empregadores sob a condição *freelance*, até mesmo com a possibilidade de recusar realizar atividade solicitada pelo contratante, garantido a aplicação da sanção prevista no contrato.

A Lei n. 13.467/2017 deixa facultativo o estabelecimento de cláusula de exclusividade no contrato, de forma que tal dispositivo contraria a ideia de empregado e da primazia da realidade, pois estabelece a possibilidade das partes negociarem um contrato com exclusividade, podendo disfarçar a relação de emprego. Embora, a prestação de serviço para um único empregador, por si só, não configura a qualidade de empregado prevista na CLT.

Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas, de acordo com a Lei n. 13.467/2017, não terão a qualidade de emprego reconhecida, desde que não haja a subordinação, que configura a relação de trabalho. Reitera-se que o princípio da primazia da realidade continua vigente, a norma apenas exemplifica que tais atividades, *a priori*, não serão consideradas como empregado.

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)

O contrato de trabalho é esculpido na forma tácita ou expressa, conforme art. 442: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”, pode ocorrer por tempo certo e