

REVISANTANDO A HISTÓRIA PARA ENTENDER O PRESENTE – uma crítica a desestruturação do Direito do Trabalho com a Lei 13.46/2017

Benizete Ramos de Medeiros¹
Caio Medeiros Marins²

“Se a justiça conflita com lei, impõe-se pugnar pela justiça” (B.Calheiros Bomfim)

Resumo: os fatos históricos ocorridos na Europa quanto à construção dos direitos humanos e, em especial, dos direitos trabalhistas têm fundamental importância para compreensão do muito que os trabalhadores e defensores dos direitos sociais lutaram para conquista de melhores condições em contraponto ao capitalismo que sempre almejou a lucratividade gananciosa. Nesse viés, alguns aspectos dessa história, a partir de autores clássicos e contemporâneos, são revisitados para confronto com a crítica dos efeitos da chamada reforma trabalhista advinda com a Lei 13.467/2017, mediante análise de alguns institutos do direito material que impactam diretamente na forma de trabalho, como a terceirização, trabalho intermitente, tele trabalho, além na mudança do eixo central do Direito do Trabalho, com a prevalência da negociação coletiva sobre a Lei.

Palavras Chave: Reforma trabalhista, flexibilização, capitalismo, história.

1. Introdução

Dentro de um quadro histórico, a análise dos eventos que deram ensejo à criação do direito do trabalho como ramo do direito autônomo, com princípios e regras próprias, é fundamental para a verificação de sua natureza estrutural, bem como do porquê e em que se diferencia do direito civil. Trata-se de uma leitura de interpretação histórica associada à teleológica, a fim de investigar os pilares que sustentam esse ramo específico do direito.

Os fatos sociais experimentados, no período que aqui se abordará, não estão circunscritos ao direito, antes perpassam por toda sociedade, principalmente pela economia e política. Não obstante, seus reflexos no direito são cruciais para a compreensão do surgimento do Direito do Trabalho.

As alterações na legislação trabalhista ocorridas no ano de 2017 trouxeram mudanças no panorama de estabilidade e segurança no mundo do trabalho, quebraram modelos e romperam com princípios basilares que sustentaram durante mais de sete décadas o equilíbrio entre o capital e o trabalho, regulando as diferenças existentes.

Dessa forma, voltar o olhar para a história do capitalismo nascente é o meio pelo qual, aqui utilizado, se pode fazer sentir o pulsar das aflições vivenciadas pelos atores sociais envolvidos, para adotar, como estratégia, a melhor hermenêutica jurídica.

2. Revisitando a origem da revolução industrial

A passagem de uma sociedade feudal para uma industrializada se constrói dentro das modificações da forma de produção das sociedades. Uma vez alcançado o

¹ Benizete Ramos de Medeiros. Advogada trabalhista. Professora de Direito material e Processual do Trabalho; doutora em Direito e Sociologia (UFF); mestre em Direito Público (FDC); membro da Comissão de Direito do Trabalho do IAB; presidente da direção geral da Associação Luso-brasileira de juristas do Trabalho – JUTRA (biênio 2016-2018).

² Caio Medeiros Marins. Advogado Trabalhista. Mestrando em Direito e Sociologia (UFF)

desenvolvimento das forças produtivas, as demais estruturas sociais também começam a sofrer alterações correspondentes.

Nesse quadro, a dissolução dos laços tradicionais do feudalismo representa uma das variantes que forneceu as condições necessárias para o surgimento em bases sólidas de uma sociedade capitalista, sendo esse um dos pontos centrais de todas as análises que se faz em torno da transição das formas de produção. Mas, para além disso, o surgimento da então classe operária ganha maior importância, porque está relacionada com um novo formato de relação de trabalho, o livre, obtido através de um contrato, até então, de natureza civil, criando acirramentos sociais significativos.

Esse fato traz à tona a oposição de interesses entre patrões e empregados, numa forma de trabalhólivre mediada pelo direito civil com suas especificidades. A tensão daí decorrente é marcada por uma precariedade, entre avanços sociais e retrocessos, isto é: na medida em que a luta entre as classes se acirrava, havia progressos em matéria de legislação social voltada à relação de trabalho e, em muitos casos posteriormente, a depender do panorama econômico (crises), eram revogadas, com o fim de impulsionar novamente o lucro. Assim, entre vitórias e derrotas, sangue e suor, nasce o direito do trabalho dentro do contexto histórico da Revolução Industrial.

Essa Revolução não se concretizou em todo o mundo e de uma só vez. Há variações temporais e espaciais, dado a necessidade de existência de condições propícias para o processo de industrialização dos países, notadamente os subdesenvolvidos. A Inglaterra era, assim, onde esses requisitos encontravam-se presentes, motivo de seu pioneirismo. Souto Maior, numa comparação entre Inglaterra e França, esclarece:

Mas, enquanto na Inglaterra todas as condições necessárias para a formação e desenvolvimento de uma Revolução no setor industrial, impulsionando de vez um capitalismo produtivo, já tinham se concretizado (a limitação do poder político da monarquia – entregue ao Parlamento na denominada Revolução Gloriosa de 1688; a formação da reserva de mão de obra; a consolidação da acumulação de capital; a constituição das grandes propriedades burguesas; o desenvolvimento do puritanismo; e, finalmente, a invenção da máquina a vapor), na França, ainda se tinha uma realidade medieval em alguns aspectos (privilégios da nobreza; pouca influência política da burguesia) e pré-capitalista em vários outros (produção agrícola, pequenas propriedades).³

Uma Inglaterra politicamente estabilizada, associado a outros elementos, reúne as condições para a nascente indústria, servindo, pois, de locomotiva histórica para dar nome a esse período de Revolução Industrial.

Mas as condições adequadas estavam visivelmente presentes na Grã-Bretanha, onde mais de um século se passara desde que o primeiro rei tinha sido formalmente julgado e executado pelo povo e desde que o lucro privado e o desenvolvimento econômico tinham sido aceitos como os supremos objetivos da política governamental. A solução britânica do problema agrário, singularmente revolucionária, já tinha sido encontrada na prática. Uma relativa quantidade proprietários com espírito comercial já quase monopolizava a terra, que era cultivada por arrendatários empregando camponeses sem terra ou pequenos agricultores. Um bocado de resquícios,

³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, curso de direito do trabalho: teoria do direito do trabalho, volume I: Parte I. São Paulo, LTr, 2011, p. 113.

verdadeiras relíquias da antiga economia coletiva do interior, ainda estava para ser removida pelos Decretos Anexos (*Enclosure Acts, 1760-1830*) e as transações particulares, mas quase praticamente não se podia falar em um “campesinato britânico” da mesma maneira que um campesinato russo, alemão ou francês. As atividades agrícolas já estavam predominantemente dirigidas para o mercado.⁴

Porque na história da humanidade, desde os primórdios, a inventividade de ferramentas é traço indiscutível, a Revolução Industrial – como poderia sugerir o nome – não é um processo de súbita mudança nas relações de produção, mas antes uma evolução progressiva tecnológica que encontra na invenção da máquina a vapor na Inglaterra de 1780 (1760 para outros) um marco histórico.

A Revolução Industrial tem como traço distintivo a criação da máquina a vapor, que possibilitou a produção em grande escala, com propósitos de enriquecimento, mas, no geral, confunde-se com a própria história do capitalismo, sendo mais próprio falar-se em capitalismo industrial e só foi possível graças ao acúmulo das experiências históricas vividas no longo período de superação dos vínculos do feudalismo: o desenvolvimento intelectual (filosófico – humanismo – iluminismo), vindo desde o Renascimento, dando origem aos estudos econômicos (economia); a acumulação primitiva de capitais (Revolução Comercial); a formação do trabalhador livre, desprovido de meios de sobrevivência, em quantidade necessária para que lutassem entre si pelos postos de trabalho oferecidos; a nova organização política (Estado Moderno).⁵

Essa nomenclatura advém, por outro lado, do rompimento de uma fronteira que nenhuma outra sociedade havia sido capaz de ultrapassar: a limitação da produção. É o sentir de HOBBSAWM:

O que significa a frase “a revolução industrial explodiu”? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes de multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a “partida para o crescimento auto-sustentável”. Nenhuma sociedade anterior tinha sido capaz de transpor o teto que uma estrutura social pré-industrial, uma tecnologia e uma ciência deficientes, e conseqüentemente o colapso, a fome, e a morte periódicas impunham à produção.⁶

A máquina a vapor inaugura o início dessa nova fase, não só porque permite a produção em massa, mas também demanda, como engrenagem social, novas formas de trabalho e modificações substanciais em todo o tecido social para atender ao novo formato econômico. Nela, a produção volta-se para a cidade, porque o campo é propositalmente “esvaziado” através de medidas políticas que retiram as terras dos camponeses, colocando-as nas mãos de poucos, de modo a concentrá-las também nas mãos de poucos. Propositalmente porque a nova indústria requer muita mão de obra e uma quantidade considerável de pessoas disputando as vagas dos empregos a fim de ser possível baratear o custo. Em outras palavras, a criação de um exército de reserva de empregados, competindo pelas vagas limitadas nas indústrias, permite, por um sistema

⁴ HOBBSAWM, Eric. A era das revoluções 1780-1848. São Paulo, Paz e Terra, 2005, 47.

⁵ SOUTO MAIOR, , p. 10.

⁶ HOBBSAWM, Eric. A era das revoluções 1780-1848. São Paulo, Paz e Terra, 2005, 44.

econômico de demanda e oferta, o pagamento de salários baixos eo desenvolvimento da indústria nascente a partir de uma maior taxa de lucro.

Isso força os novos expropriados a buscar uma forma de sobrevivência, encontrada na única coisa que possuem, a força de trabalho. Colocar essa “mercadoria” (mão de obra) à disposição depende de onde ela é mais necessária, e onde se possa comprá-la: nas novas cidades industrializadas.

Uma das alavancas fundamentais desse processo foi a “expropriação do produtor rural”, como se deu na Inglaterra por intermédio do fenômeno que ficou conhecido por “cercamentos”, acima examinado. Como explica Marx, desde o século XV, na Inglaterra, já rompida a base da sociedade feudal, que era a servidão, “ a imensa maioria da população consistia em camponeses proprietários, qualquer que fosse o título feudal com que se revestissem seus direitos de propriedade sobre a terra que lavravam”, vivendo junto com estes o “arrendatário livre”, o trabalhador assalariado que além do salário recebia habitação e parte das terras para lavrar para seu sustento.

Com o término dessa situação, provocada pelas desapropriações, mas também pela forma como o senhor feudal passou a explorar mais intensamente seus vassallos, essas pessoas, camponeses e arrendatários, extraídas de seu modo de vida, forma lançadas, em grandes quantidades, ao mercado que já se desenvolvia nas cidades. Foram transformadas em “massa proletária”, indivíduos sem posses e sem direitos, constituindo o exército de mão de obra, do qual o capitalismo industrial irá mais adiante se valer.⁷

A liberação da mão de obra para as cidades e indústrias, através dos cercamentos, reflete o uso político do direito motivado por uma matriz econômica.

Conforme os pressupostos de legitimidade do feudalismo são superados, cada vez mais se sedimentam os do capitalismo. Se aquele primeiro construía a aceitação da ordem a partir de uma noção transcendental e noções de honra, num universo organizado por um criador a partir de um corporativismo em que cada um tem seu lugar específico, com funções específicas a serem exercidas, cujo papel deve ser desenvolvido bem: ao servo, ser um bom servo, ao rei, ser um bom rei etc; esse último no racionalismo e sob os pilares da liberdade e igualdade perante a lei. Valores ratificados mais tarde na França nos lemas da revolução de 1789. Mas, enquanto a liberdade é dada com anseios à liberdade real, guardadas as devidas ressalvas quanto às restrições da lei de cada um decidir o que é melhor para si, a igualdade apenas tomava contornos formais, isto é, não se defendia uma igualdade real de todos, uma igualdade material, mas sim uma igualdade perante a lei, ainda que a realidade impedisse que no terreno fático as pessoas pudessem ser tratadas igualmente, dada as restrições da realidade. Consolidando, com efeito, que todos os atos tomados eram legítimos, respeitando as novas ideias hegemônicas.

Essa construção cultural em torno dos novos arranjos econômicos, favorecida pelas justificativas liberais, vai criar um ideia de legitimidade para a sociedade de classes, em que aquela que detém o capital tem o poder natural de explorar o trabalho daqueles que pertencem à classe dos expropriados, não havendo, pois, nenhum problema que desafiasse a consciência moral dos capitalistas.⁸

⁷SOUTO MAIOR, ob. Cit. p 126.

⁸ Ibidem. 130.

Por isso não é estranho que a figura jurídica do contrato civil tenha tido especial importância nessa nova era como forma jurídica válida para as relações de trabalho, conferindo legitimidade ao trabalho livre. Sob a premissa da liberdade, as partes poderiam negociar irrestritamente as condições do contrato de trabalho, como qualquer outro, a partir da noção do direito civil de *pacta sunt servanda*, isto é, as cláusulas e termos do contrato fazem lei entre as partes. Embora, a diferença de poder entre as partes contratantes fosse obstáculo a que expressassem de forma igual e livre suas reais vontades. Dessa maneira, a liberdade e igualdade formal serviam como mecanismo de legitimação e manutenção das diferenças sociais e da exploração dos mais fracos, os trabalhadores, como se verá mais adiante. O direito aqui pode ser visto como ferramenta de dominação ao mascarar as reais relações existentes e, nessa perspectiva, Hespanha aborda a crítica de classe existente à época sobre as funções ideológicas do direito:

⁹Por outro lado, o direito burguês funcionaria também como ideologia de cobertura. Ou seja, criaria uma imagem falseada das relações de poder, ocultando sob a capa da igualdade jurídica – garantida, nomeadamente, pela generalidade e abstração da lei – as reais desigualdades sociais.[...] Ao dispor em geral e abstrato (i.e., considerando os indivíduos como iguais), o direito burguês estava a criar a forma mais eficaz de ocultar o facto de que, na realidade, os indivíduos concretos não eram iguais, mas antes inevitavelmente hierarquizados pelas respectivas condições económicas e políticas. Mas esta função ideológica de ocultamento era completada pela ficção jurídica da liberdade, nomeadamente da liberdade negocial. Também aqui, o direito construía uma realidade imaginária – a de indivíduos senhores de suas vontades negociando paritariamente –, totalmente contraditória com a realidade efetiva, que era antes a de indivíduos condicionados pelos constrangimentos económicos-sociais e negociando posições desequilibradas. O exemplo típico desta mistificação era a do contrato de trabalho assalariado, nas condições do capitalismo oitocentista, em que o patrão, economicamente forte e dispondo de uma grande capacidade de escolha entre uma grande oferta de trabalho, se confronta com um assalariado economicamente débil e com escassas possibilidades de encontrar quem o admita.”¹⁰

O fato é que os trabalhadores ao chegarem às cidades se deparam, então, com a necessidade de venderem sua força de trabalho, e, ao mesmo tempo, competir com seus pares para obter uma vaga na indústria, porquanto havia menos emprego do que trabalhador, tornando fácil a submissão a condições de trabalhos degradantes e a salários baixos.

Por outro lado, porque muitos operários trabalhavam num espaço comum da indústria, compartilharam as difíceis condições de trabalho e de vida, criando identificação entre si como uma classe específica, que não possuía nada mais que sua força de trabalho para vender e obter sua subsistência, o operariado.

Ao mesmo tempo em que enfim se consegue dar início ao processo burguês de enriquecimento por intermédio de uma atividade produtiva, organizado por um Estado que, regulando, impulsiona o modelo, o que demorou mais de

⁹O texto foi transcrito em sua literalidade e, por ser o autor Português, algumas palavras possuem acentuação e grafia diversas das brasileiras.

¹⁰ HESPANHA, Antonio Manoel, A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio, Coimbra, Editora Almedina, 2012, p. 490;

300 anos para se concretizar, o acelerado ritmo de produção nas fábricas, favorecido pelo avanço tecnológico, produziu, na mesma velocidade, uma grande massa de trabalhadores que, diante das péssimas condições de trabalho a que eram submetidos, em curto espaço de tempo (para efeito da história da humanidade), adquire feição de classe social, trazendo consigo a típica insurreição dos dominados quando se identificam como classe social. [...] Ainda que muitos historiadores tentem minimizar os fatos então produzidos, as más condições de trabalho, que reduziram a própria condição humana dos trabalhadores, fazem parte de quase todos os relatos históricos desse período de formação da denominada Revolução Industrial. É importante, por isso, referir-se a esse fenômeno social, não como fundamento de obter a compaixão para com os trabalhadores e sim para compreender as razões de sua revolta, que chegaram a ser, no correr do século XIX e início do século XX extremamente violentas, o que pode restar não entendido se tomamos apenas os dados estatísticos do mesmo período, considerando a realidade da Inglaterra, que apontam para um enorme progresso econômico.¹¹

Portanto, com jornadas de até 16 horas diárias, trabalho infantil irrestrito (mais barato), inúmeros acidentes de trabalho e salários baixos, muitas vezes mesmo insuficientes para a própria subsistência, são alguns exemplos ao que estavam submetidos esses operários. A constante necessidade de mão de obra pelas indústrias impunha também à obrigatoriedade ao trabalho. Ao mesmo tempo em que, em âmbito privado, o trabalho era intenso, degradante e desgastante – havendo até mesmo castigos, aplicação de multa– no público, tinha-se a validação dessas condutas e punições legais para aqueles que se negassem ao labor, inclusive com pena de prisão.

Às situações degradantes, aliavam-se à pauperização do proletariado, que cada vez mais se via diante de um quadro penoso, com dificuldades de subsistência e pouca perspectiva de mudança social.

Mas para o homem livre, entrar em uma fábrica na qualidade de simples “mão” era entrar em algo um pouco melhor que a escravidão, e todos, exceto os mais famintos, tratavam de evitá-lo, e quando não tinha mais remédio, tendiam a resistir contra a disciplina cruel de uma maneira muito mais consistente do que as mulheres e as crianças, a quem os proprietários de fábricas davam, por isso, preferência. Na década de 1830 e em parte na década de 1840, pode-se afirmar que até mesmo a situação material do proletariado fabril apresentou uma tendência a se deteriorar¹².

Das contínuas e precárias condições de trabalho, irrompem-se revoltas, primeiramente na forma de negação ao trabalho e destruição das máquinas, objeto representativo das engrenagens sociais das quais eram combustíveis os trabalhadores. Depois, a identificação entre os trabalhadores ergue-se em movimentos grevistas, de paralisação total do trabalho. Nenhum deles, pelo menos inicialmente, tinha a pretensão de criticar a ordem vigente, substituindo-a por uma outra, mas tão somente de obter melhores condições de trabalho, sendo um grito represado contra os baixos salários, as jornadas extenuantes, acidentes de trabalho e o trabalho das crianças e mulheres.

Com o movimento dos trabalhadores, todo o aparato estatal volta-se contra eles. Repressões violentas, prisões e proibição legal das associações dos operários começam a vir à tona no cenário da época– mais famosa delas é em país e tempo

¹¹ SOUTO MAIOR, ,ob. citp. 135.

¹² HOBBSBAWM, ob. cit 229.

distintos do que abordamos agora, na França em 1791, lei *Le chapelier*. A partir daí, o fenômeno de luta de classes, entre proletários e burgueses, toma contornos mais definidos, impulsionando um aumento da complexidade social desestabilizadora da ordem até então mantida de forma precária, sempre com comunicações variantes tendentes à desestabilização.

O grande crescimento industrial da época em análise coloca os dados econômicos em patamares nunca antes vistos, porém, corresponde ao mesmo tempo, a baixíssimos padrões sociais, causas da disrupções dos sistemas. Assim, acompanha o novo modelo, questões sociais relevantes, as quais não podem ser negligenciadas nem negadas para a continuidade da consolidação do capitalismo. Não obstante algumas concessões feitas quanto à jornada de trabalho, trabalho da mulher e criança (sem as abolir), certo que essas conquistas foram tímidas, porque em momentos de crise financeira, elas foram sumariamente revogadas, restabelecendo o quadro inicial. É o que se assiste atualmente.

Com isso se quer dizer que esse período foi marcado por lutas, conquistas e retrocessos, sem experimentar um avanço progressivo e definitivo em prol de melhores condições de trabalho. Essas refletiam, antes, as disputas de poder entre as classes iminentes na sociedade.

Enquanto o pioneirismo da Revolução Industrial se deu na Inglaterra, as outras nações apenas tempo depois conseguiram implementar de forma relevante esse novo modo de produção. A França, por exemplo, precisou superar com a revolução de 1789 a ordem feudal para só, então, iniciar o processo e, por registros históricos, implementá-la com certo sucesso em 1830. Pouco a pouco, outros países passam a adotá-lo: Alemanha, EUA e Japão, são alguns dos exemplos. O quadro social até aqui desenhado se replicou também nos países que passaram pelo processo de industrialização, tomando proporções internacionais, sendo acompanhada pelo aumento do proletariado e das questões sociais que com ela transitavam.

Em 1848, editado o Manifesto do Partido Comunista, a luta deixa de ser por melhores condições e passa a tomar caráter revolucionário de todo o sistema capitalista, para um outro: onde os meios de produção estivessem nas mãos dos trabalhadores. A crítica formulada por Karl Marx e Friedrich Engels direciona-se à sociedade burguesa, analisando-a como resultado da infraestrutura econômica sob a qual se sustenta as demais produções humanas (estruturas e superestruturas), como a política e direito, fruto da matriz econômica.

O pensamento dominante e essencial do *Manifesto*, isto é, que a produção econômica e a estrutura social que necessariamente decorre dela constituem em cada época histórica a base da história política e intelectual dessa época; que, por conseguinte (desde a dissolução do regime primitivo da propriedade comum da terra), toda a história tem sido uma história de lutas de classe, de lutas entre as classes exploradas e as classes exploradoras, entre as classes dominantes e as classes dominadas, nos diferentes estágios do desenvolvimento social¹³;

As leis, a moral, a religião são para ele meros preconceitos burgueses, por detrás dos quais se ocultam outros tantos interesses burgueses¹⁴.

[...] Vossas próprias idéias são um produto das relações burguesas de produção e de propriedade, assim como vosso direito é apenas a vontade da

¹³MARX, K; ENGELS, F, O manifesto do partido comunista, editora Martin Claret, 2000, p. 29;

¹⁴Ibdeim, p. 56

vossa classe erigida em lei, vontade cujo conteúdo é determinado pelas condições materiais de existência de vossa classe¹⁵.

O que demonstra a história das idéias senão que a produção intelectual se transforma com a produção material? As idéias dominantes de uma época sempre foram apenas as idéias da classe dominante.¹⁶

Nessa perspectiva, essa forma estrutural que tem na economia sua matriz opõe classes de exploradores contra explorados, os quais são destituídos da distribuição igualitária dos bens produzidos. A classe dominante tem na política o instrumento de opressão. Não é estranho, portanto, perceber que durante os primeiros anos da revolução industrial o voto era censitário, excluindo aqueles com renda baixa (esmagadora maioria dos trabalhadores), relacionando-se também a questões de gênero e raça¹⁷.

Por isso, os anseios dos revolucionários se voltam para a tomada do poder político para só então promover a mudança nas estruturas do modo de produção, no anseio de uma sociedade mais igualitária.

Assim, inúmeras tentativas revolucionárias são empreendidas, sob esse com aporte teórico, para uma mudança de paradigma social, num âmbito de organização internacional para fazer frente a uma economia também mundializada. O chamado, no Manifesto do Partido Comunista, para que os trabalhadores de todos os países se unissem expressa bem tal fato. A primavera dos povos de 1848 e a revolução russa¹⁸ de 1917 são exemplos. A primeira mal sucedida, enquanto a segunda obteve êxito em implantar um governo comunista, formando a União Soviética.

Com esse cenário, cria-se uma pressão em todos os países pelo receio de levantes dos trabalhadores, forçando os Estados capitalistas a cederem parcialmente, a fim de manter sua ordem e sobrevivência, às reivindicações dos trabalhadores. As formas jurídicas que surgem daí resultam, portanto, dessa nova forma de complexidade social. No começo, ainda atrelada a uma matriz civilista, porém, com o tempo dela se desassocia, por necessidade imperiosa diante do aumento progressivo da complexidade do ambiente e da incapacidade do sistema do direito então vigente obter a estabilidade necessária ao sistema, criando o subsistema, com distinções imanentes, sobretudo quanto à noção basilar do *pact sunt servanda*, do Direito do Trabalho.

Um dos aspectos dessa mudança estrutural no direito está intimamente associado à sua publicização, proveniente de um forte influxo de ideias éticas/morais, principalmente justiça e igualdade, para dentro do universo jurídico. Isto é, espaços regidos pela noção do direito privado passam a orientar-se pelos fundamentos do direito público, permitindo que o Estado intervenha, saindo da posição de mero observador. Um dos ramos pioneiro a cruzar esses limites foi o direito do trabalho. A limitação da autonomia da vontade, em prol da proteção da parte mais fraca na correlação de forças, o empregado, gera uma revisão e reforma no conceito de contrato:

Foi a emergência de novos detentores de direitos, especialmente o movimento operário em meados do século passado, que deu fim à rigorosa

¹⁵Ibidem, p. 63.

¹⁶ibidem, p. 65.

¹⁷ Sobre o tema ver SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, curso de direito do trabalho: teoria do direito do trabalho, volume I: Parte I. São Paulo, LTr, 2011, .

¹⁸ HOBBSAWM, Eric J, Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 61/89, parte um, capítulo 2, A revolução mundial.

separação entre Estado e a sociedade civil, nos termos da tópica liberal da liberdade negativa. O Direito do Trabalho, nascido dos êxitos daquele movimento, conferiu um caráter público a relações da esfera privada, como o contrato de compra e venda da força de trabalho, consistindo em um coroamento de décadas de luta do sindicalismo, apoiado por amplos setores da sociedade civil de fins do século XIX e começo do XX. O *welfare*, portanto, antes de ser de Estado – quando atualizou o diagnóstico weberiano sobre a tendência à racionalização e à burocratização no mundo moderno –, foi a expressão de um movimento a que não faltou o carisma da utopia, originário da sociedade civil e com a legítima pretensão universalista, dada a centralidade do tema do trabalho na organização da sociedade industrial. Além disso, o Direito do Trabalho infiltrou no campo do direito um argumento de justiça, presença bizarra na concepção ortodoxa do contratualismo liberal, que procurava compensar, por meio da regulação jurídica, a parte ‘economicamente desfavorecida’ nas relações contratadas entre empregadores e empregados. A criação desse direito novo envolverá, assim, uma revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal conferindo a ela um viés igualitário por meio da publicização da esfera privada, cuja forma será a da economia programática dos anos 30, do que é exemplo o *new deal*¹⁹

Limita-se a autonomia entre as partes, ou *pact sunt servanda*, em favor de uma maior intervenção do Estado a estabelecer direitos mínimos. Afluem para o direito argumentos de igualdade real em contraposição ao período anterior de igualdade formal entre as partes, com intenção de intervir, de fato, na correlação de forças entre as partes.

É nesse sentido que o direito do trabalho é visto como técnica de humanização das relações de trabalho:

Essa história mostra que, se é verdade que o Direito é uma técnica entre outras, não é uma técnica como as outras. Ele permitiu tornar humanamente vivível o maquinismo industrial e usar técnicas novas sem ser destruído por elas. Interposto entre o Homem e a máquina, ele serviu para proteger o Homem das fantasias de onipotências geradas pelas potências das máquinas. Ferramenta interposta entre o Homem e suas representações [...] O Direito cumpre assim uma função dogmática- de interposição e de proibição. Essa função confere-lhe um lugar singular no mundo das técnicas: a de uma técnica de humanização da técnica. [...] O Direito, enquanto técnica, participou desde a origem da emergência das tecnologias da informação e da comunicação, mas seu conteúdo hoje evoluiu diante de nossos olhos para submeter a utilização dessas tecnologias a valores propriamente humanos²⁰.

2.1. O Brasil adere a legislação protetora

No Brasil, o governo do Estado Novo, de Getúlio Vargas, traz para dentro do Estado a normatização das relações de trabalho, negando formas associativas reais, sob uma premissa corporativista. Com os autores Cardoso e Lage, recupera-se essa parte da história brasileira

É esse o período nitidamente corporativista (em sentido forte) das relações de trabalho sob Vargas. Nesse pequeno interregno, o Estado não era propriamente o árbitro do conflito entre as partes, posto que esse conflito era simplesmente tido como ilegítimo ou, para muitos e certamente no

¹⁹VIANNA et AL, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.– Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014, p.15.

²⁰SUPIOT, Alain. Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 143/144;

discurso do ditador, inexistente. O Estado tampouco era o canal de expressão do interesse privado, porque a idéia de interesse privado era alheia ao programa comunitarista típico do corporativismo, segundo o qual o Estado incorpora uma vontade geral descolada daqueles interesses, formulada no interior do próprio aparelho de Estado e adjudicada aos agentes privados, obrigados, assim, a esposar uma razão pública. Por outras palavras, o Estado, por meio tanto de sua burocracia repressiva quanto da legislação social e trabalhista, *era o lugar* da formulação do interesse coletivo, em especial dos trabalhadores. A legislação social e trabalhista era, na ideologia estacionovista, precisamente isso: a objetivação da clarividência do Estado relativamente à vontade geral, incapaz ela mesma de expressar-se senão na linguagem menor e conflituosa do interesse privado. Tinha, pois, estatuto de direito público, e não é outra a essência do corporativismo fascista.

Neste sentido, enquanto controlava o associacionismo e instituiu crescentes instrumentos de regulação do mercado de trabalho e de intermediação do conflito que lhe é próprio, para negá-lo, Vargas na verdade retirava do mercado e de seus mecanismos "naturais" de representação de interesses qualquer papel distributivo, por um lado, e qualquer ímpeto instituinte de normas convencionais, por outro. O lugar por excelência de formulação das normas e regras de uso do trabalho (legislação trabalhista), bem como das normas e regras da distribuição do fruto do trabalho (legislação social), era o Estado. A contrapartida, porém, era a repressão ao movimento sindical. Logo, mesmo então, tratou-se de corporativismo maneta, porque fechado à voz dos trabalhadores nos mecanismos decisórios do aparelho de Estado²¹.

Em 1º de Maio de 1943, no dia memorial das manifestações operárias de Chicago e do mundo, é editado o decreto 5.452, a Consolidação das Leis do Trabalho. Trazendo os conflitos da relação de trabalho para um modelo legislado e condensado, onde impera normas de ordem pública.

Não obstante, que fique claro, não tratar-se de uma concessão generosa do Estado, pois viu-se até aqui as lutas dos trabalhadores por melhores condições. Tal contexto não pode ser desconsiderado. Ademais, também como nos outros países, houve no Brasil reivindicações e lutas por melhores condições de trabalho, sendo, erigidas leis esparsas para regulamentar alguns setores, evitando-se conflitos.

Ou seja, as leis tinham nítido objetivo formulado pelo capital de reduzir as tensões do que propriamente amparar o hipossuficiente.

Portanto, o percurso histórico até aqui levantado indica a construção de um direito do trabalho sobre um pilar de limitação da autonomia da vontade, justamente porque essa não pode ser autonomamente expressada uma vez que as partes não se encontram em iguais patamares de negociação. Fixa, por isso, patamares mínimos de direitos a serem observados e, nas hipóteses, de possibilidade de acordo, inclui o sindicato e não somente o indivíduo, para assim as partes estarem em situações semelhantes que as permitam negociar de fato. Esse núcleo público, por assim dizer, irrenunciável, estabelece condições mínimas a serem adotadas pelo direito como forma de respeitar a dignidade humana dos trabalhadores e demais direitos fundamentais, principalmente o princípio da proteção.

²¹ CARDOSO, Adalberto e LAGE, Telma, as normas e os fatos, desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil. RJ: Ed. FGV, 2007, p 8/9;

A reforma trabalhista, contudo, altera drasticamente essa matriz, aproximando mais o contrato de uma modalidade civilista. Desconstrói o forte núcleo da irrenunciabilidade, flexibilizando e precarizando as relações de trabalho, gerando incertezas na classe trabalhadora acerca do futuro.

3. A chamada reforma trabalhista

Desde o final do ano de 2016 e todo o ano de 2017, a sociedade brasileira assistiu em diversas mídias intensos debates sobre o projeto de Lei que se transformou na Lei 13.467/2017, denominada de Reforma trabalhista. Tanto no campo do Direito individual, quanto no coletivo e processual do Trabalho, acirradas são as críticas pelos artífices do Direito, então defensores do primado do valor social do Trabalho; do princípio da dignidade da pessoa humana; do não retrocesso a todas as formas de validação das conquistas insculpidas na Constituição da República Brasileira de 1988 e nas normas infraconstitucionais, em especial a Consolidação.

É difícil se convencer de que a Lei trará algum tipo de melhoria para os trabalhadores, para o mundo do trabalho e para o desenvolvimento econômico do país. Ao contrário, vislumbra-se um reducionismo de direitos; redução do acesso à justiça, com graves retrocessos, com visível intenção de aumento de lucros sem contar a limitação interpretativa ao Judiciário Trabalhista.

Há fortes violações a normas e princípios constitucionais nos diversos pontos, o mesmo se podendo dizer quanto às convenções internacionais e aos princípios que deram suporte à construção de uma legislação obreira, necessária ainda por ser fundamental ao equilíbrio das relações sociais e econômicas do Brasil, que tem a marca da desigualdade social.

O fato é que há um efetivo desmonte de conquistas e é o que se verá, a partir de alguns pontos da reforma quanto ao direito individual do trabalho. Já no campo do processo do trabalho, a nova legislação impacta de forma negativa no acesso a justiça, restringindo direitos e formas de atuação da Justiça do Trabalho.

Na proposta das estratégias adotadas para vencer a avalanche de impropriedades e inconstitucionalidades, crer que é, além de outros, conhecer bem o “inimigo” com o qual se vai guerrear, compreender a história e adotar a hermenêutica jurídica.

3.1. O contrato de trabalho intermitente

Inserido no contexto jurídico através da referida Lei e, logo a seguir, alterado pela MP 808/2017, uma nova modalidade de contrato de trabalho surge, chamado de intermitente.

Nessa nova forma, o contrato de trabalho perde sua continuidade no tempo, alternando períodos com e sem prestação de serviços, podendo ser estipulado em horas, dias ou meses. Nada disso significando sua extinção.

No viés dos tipos de contratos, está a o chamado trabalho intermitente, preconizado no na Lei 13.467/2017 nos art.. 443, parágrafo 3º e 452-A e seus parágrafos.

Art. 443 [...]

§ 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, inclusive as disciplinadas por legislação específica. (NR)

Já no artigo 452-A, estabelece que o empregado será convocado e avisado com no mínimo três dias de antecedências para as horas que serão trabalhadas e deverá dá o aceite após um dia útil. Fixando que o tempo à disposição não será remunerado.

Percebendo as graves violações a direitos basilares, como a transferência do risco da atividade econômica para o empregado, o governo editou a MP808/2017 (trazendo pouco significativas alterações,). Assim, alguns pontos:

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

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.” (NR)

Relembre-se que o contrato de emprego, embora sinalagmático e consensual, é de verdade e na prática um contrato de adesão, pois raramente o empregado tem opções de escolha, portanto a alteração inserida tem o intuito de maquiagem com aparência de consensualidade. E mais:

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.

[...]

§ 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.” (NR)

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.” (NR)

Veja-se aqui o empregado pode ficar até um ano sem ser chamado, quebrando a sólida teoria de tempo à disposição. E quando for? E se já tiver trabalhando de forma que inviabilize o trabalho? Quem dará causa a ruptura do contrato com as devidas consequências patrimoniais?

No direito do Trabalho, uma das importantes obrigações do empregador é dar trabalho e permitir que ele seja devidamente desenvolvido. Esse princípio foi quebrado:

“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)

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, conforme “art 452-F” , calculando com base na 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 (§1º)

A Lei, no art. 452-G, traz ainda uma quarentena para as hipóteses do trabalhador retornar à empresa como intermitente.O que mais representa um instituto autorizador da alteração do contrato, quebrando o art. 468 da CLT, do que mesmo de proteção.Mesmo porque essa quarentena tem prazo, ou seja até o ano de 2020, significando que posteriormente, não haverá lapso de tempo para alterar qualquer contrato para modalidade intermitente. De qualquer sorte, a própria MP 808, autoriza a aplicação da Lei aos contratos em vigor.

Conforme disse a primeira autora²² muitas podem ser as críticas veiculadas a essa nova forma de contratação: Ausência de planejamento financeiro ao empregado,além da supressãoda oportunidade de um segundo emprego fixo, uma vez que o empregado pode, a qualquer tempo, ser chamado. E, ainda, estabelece a redutibilidade salarial; sem falar na violação ao bem estar que em última análise leva ao dano existencial, ao empobrecimento e ao adoecimento.

Portanto, seguindo a esteira das violações, é possível constatar que esses dispositivos quebram além do princípio da dignidade do trabalhador (art. 1º, §. 3º da CF); do valor social do trabalho e do bem estar (art. 193 da CF) ; da melhoria das condições sociais (*caput* do art 7ºda CF); da ordem econômica pautada da valorização do trabalho (art. 170 da CF); do direito ao trabalho (art.6º da CF) além da harmonia social estabelecida preâmbulo da Constituição.

²²MEDEIROS. Benizete Ramos.O direito ao trabalho decente e digno como princípios fundamentais e as alterações da legislação trabalhista: Um aviltamento sem fim. Revista da Associação Brasileira de advogados Trabalhistas- ABRAT ano 5. N. 5. MG: ed. Forum. 2017 P. 13-31

E boa hora a ANAMATRA, que na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, especificamente para a estudo da Lei 13.467/2017 editou o Enunciado nº 04 que dispõe:

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: INCONSTITUCIONALIDADE

É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443, § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da constituição da república e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas²³

Parece que será mais interessante ao trabalhador recusar esse tipo de contrato e preferir os chamados bicos do que a formalização da relação de maneira intermitente.

3.2. A confirmação da terceirização de forma ampla e irrestrita

A citada lei promove alteração a uma das legislações que cuida da terceirização, a Lei 6.019/74, bem como à sumula 331 do c. TST, que vinham regulando a matéria. No entanto, no mesmo ano, de forma tímida, a Lei nº 13.429/17 já havia reformulado a redação da Lei nº 6.019/74. Pois bem. Propõe desta feita, no art. 2º, a ampla terceirização nas atividades fins, o que até então era vedado. Portanto, a Lei 6.019/74 passará a vigorar com o seguinte teor:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à empresa prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Destaque-se a expressão “*de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*” ponto crucial para o debate, pois se trata da maior quebra estrutural da relação contratual, violando a bilateralidade, precarizando as relações e condições de trabalho, atraindo acidentes de trabalho e desmontando o sistema sindical brasileiro.

Desconfia-se que essa forma de produção não é boa nem para o empregador, notadamente os pequenos, pois sugere empregados desmotivados, sem adesão aos planos gerenciais. Afinal, a incerteza de continuidade e de vínculo direto com a empresa para qual a força de trabalho é destinado, retira do trabalhador o brio e a motivação, espinha dorsal do empenho.

O ministro Maurício Godinho Delgado²⁴ já ao tempo da proposta de terceirização com PL 4.330/04, retornada à pauta no ano de 2013, sinalizava em pronunciamento explicativo sobre o conteúdo do documento, pontuando as repercussões negativas da aprovação do projeto tanto para classe trabalhadora, quanto para o país, dentre as quais, o Ministro destacou:

²³ ANAMATRA. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 20/11/2017.

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Debate do Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, sobre a regulamentação de serviços terceirizados. In: Câmara dos Deputados, sessão: 281.3.54. O. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=281.3.54.O&nuQuarto=14&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=11:45&sgFaseSessao=CG%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=18/09/2013&txApelido=MAURICIO%20GODINHO%20DELGADO&txEtapa=Com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final>> Acessado em 03/11/2014.

- Redução de 20% a 30% da renda do trabalhador, acarretando diminuição do poder aquisitivo e conseqüentemente influenciando na redução do mercado interno, já que o consumo familiar representa 60% do PIB.

- Piora na saúde, pois o ministro relata que na sua vasta experiência, “Não há um único exemplo de terceirização benéfica com relação à saúde”, repercutindo então no sistema único de saúde do país.

- Repercussão fiscal de forma negativa, tendo em vista que com a aprovação do projeto, a tendência é que grandes empresas se transformem em pequenas e médias, em função do esvaziamento dos trabalhadores diretos, passando a ser então beneficiárias de incentivos fiscais.

Há ainda possibilidade de quarteirização, embora limitada, gerando o segmento profissional ainda mais frágil, sem identidade e com muitos fragmentos.

Sendo a intenção das empresas a redução de custos, as conquistas dos trabalhadores diretos através de convenções ou acordos coletivos não serão aplicadas aos terceirizados, causando assim a disparidade entre os trabalhadores diretos e os terceirizados, em inúmeros matizes, embora o disposto no art. 4º-C, referido Lei alteradora.

Nessa perspectiva, trabalhadores que exercem as mesmas funções dentro da empresa, com a mesma produtividade e perfeição técnica, ficam impossibilitados de reivindicar equiparação salarial, já que o empregador não é o mesmo e isso, conforme o próprio art. 461 da CLT, (mantido, nesse ponto, com a lei em exame).

Além disso, os terceirizados estão fora da participação dos Lucros da empresa tomadora e, sobretudo, dos planos de carreiras. Põe em risco a existência das categorias profissionais, já que o trabalhador estará subordinado às regras dos contratos firmados entre prestadora e tomadora de serviços, perdendo sua identidade, sendo visto apenas como “algo” que depende força laboral em prol da lucratividade de quem não é seu patrão.

E boa hora a ANAMATRA, que na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, especificamente para a estudo da Lei 13.467/2017 editou o Enunciado nº 80 que dispõe:

TERCEIRIZAÇÃO: ATIVIDADE-FIM

O caput e parágrafo 1º do artigo 4º-a da lei 6.019/1974 (que autorizam a transferência de quaisquer atividades empresariais, inclusive a atividade principal da tomadora, para empresa de prestação de serviços), são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, I, e arts. 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da CF e constituição da OIT). Presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços.²⁵

Portanto, na esteira do trabalho intermitente, a terceirização sem limites, se expressa em perigo para a sociedade, um grave retrocesso, estabelece violação a princípios basilares dos Direitos Sociais, traz repercussões em todos os seguimentos e classes, inclusive de ordem econômica, pelo empobrecimento dos trabalhadores.

Além do mais, terceirizar de forma ampla importa transferir para terceiros a execução de parte ou de toda a atividade principal da empresa, é inequívoco que se coloca

²⁵ANAMATRA. Site referido.

em risco a qualidade dos serviços oferecidos, já que executados por trabalhadores que não são subordinados diretamente, além de haver uma roda viva nas contratações com precaríssimos salários e baixa qualificação. Portanto, toda a sociedade sai perdendo.

O mercado interno é aquecido pelo consumo familiar. Se a classe trabalhadora tem o seu poder aquisitivo reduzido, também reduz o seu consumo, o que acarreta diminuição nas vendas de produtos e serviços, e conseqüentemente estagnação da economia com elevação do índice de desemprego, pois, se as prestadoras de serviço não conseguirem “vender” a sua mão de obra por conta da estagnação econômica, terão que demitir.

Nesse sentido Acerca dessas críticas, destaca-se o entendimento da doutrinadora Vólia Bomfim Cassar,

Aliás, terceirizar atividade-fim pode colocar em risco a qualidade dos serviços oferecidos pelo tomador, pois executados por trabalhadores que não são subordinados ao tomador. Quando o tomador não dirige e não comanda o trabalho executado por seus trabalhadores o serviço final não sai com a qualidade que deveria ter, principalmente se esses estiverem relacionados com sua atividade-fim. Sofre o trabalhador, o consumidor e a sociedade em geral.²⁶

A MP 808/2017 não trouxe alterações à Lei 13.467/2017, no particular.

Muito se teria a dizer sobre essa grande flexibilização, notadamente quanto à quarentena (art. 5º-Cda Lei 6.019), consistente no período estabelecido para despedir o empregado e retornar como terceirizado, mas não é oportuno neste texto.

3.3.A negociação individual do banco de horas e da jornada em regime de plantão

As normas que regulam a jornada de trabalho e os períodos de descanso são normas de ordem pública por disporem acerca da saúde do trabalhador, com reflexos na garantia de menos acidentes, menos adoecimentos e mais convívio social.

Por tais razões, por longo tempo se discutiu sobre a regularização do regime de compensação chamado banco de horas, ou seja, aquele em que o empregado labora em horas acima da 8ª diária para compensação, de acordo com a conveniência do empregador, meses depois.

O Tribunal Superior do Trabalho havia pacificado a matéria no item V da súmula 85, no sentido de que “V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.”. Tal decisão foi acertada, na medida em que o banco de horas é extremamente prejudicial ao trabalhador, notadamente em certas atividades e em algumas regiões, com trabalhos penosos, difíceis. No entanto, a alteração em análise, modificou para permitir que a negociação possa se legitimar pela forma individual entre empregado e empregado.

²⁶CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho (De acordo com a reforma trabalhista).SP: Método. 2017. P.491

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordocoletivo de trabalho.

[...]

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses. (NR)

Art. 59-A. Podem ser ajustadas, por acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, quaisquer formas de compensação de jornada, desde que não seja ultrapassado o limite de dez horas diárias de trabalho e que a compensação se realize no mesmo mês.

Ora, sabe-se que no Brasil, embora os contratos de empregos sejam consensuais como forma, na realidade são contratos por adesão, pois as cláusulas já são pré-definidas no momento da contratação. Portanto, salvo algumas categorias e tipos de trabalhadores, o banco de horas não interessa ao empregado.

Nessa perspectiva, o ajuste mediante a intervenção do sindicato profissional, como prevê a súmula 85, traz garantias de que não haverá abusos, além de limitar o tipo de atividade que tais excessos de jornada possam se justificar sem prejuízo à saúde e ao bem estar do trabalhador, não por outro motivo que CF/88 art. 7º XIII flexibiliza com critérios de intervenção da entidade sindical, o que a lei afasta no art. 59-B.

Trabalhar dez horas seguidas pode ser – e é – em muitas atividades, comum e sem maiores consequências imediatas para o organismo. No entanto, em muitas profissões, como o trabalho braçal em geral, o comércio varejista, a indústria, motoristas de coletivos urbanos, dentre inúmeras outras atividades, é, indubitavelmente, extenuante, gerando com tempo danos à saúde e ao convívio social.

3.4 . Exclusão do amparo da jornada no teletrabalho

O trabalho à distância sempre foi amparado, conforme art. 6º, mesmo depois do advento do teletrabalho (L. 12.551/2011) inclusive quanto à jornada legal. A Lei em comento, excepciona essa proteção

Ocorre que é perfeitamente possível a regulação da jornada desse trabalhador, mormente quando se vive a era da produtividade. E, portanto, essa desproteção não contribui em nada para melhoria das condições de trabalho, tampouco contempla o princípio da valorização do trabalho previsto constitucionalmente

Um ponto de quebra de paradigma, nessa modalidade de trabalho com a nova Lei é a transferência do risco da atividade para o empregado, em violação ao art. 2º da CLT. O artigo 75-D permite que sejam transferidos ao empregado os gastos com a aquisição e fornecimento de equipamento e material de trabalho.

TELETRABALHO: CUSTEIO DE EQUIPAMENTOS

O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-d e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da constituição da república e do artigo 21 da convenção 155 da OIT²⁷

²⁷ ANAMATRA, site referido

3.5. A prevalência do negociado sobre o legislado

Um grave retrocesso para os trabalhadores do Brasil, no contexto social atual, é a prevalência da negociação coletiva sobre o fixado em Lei – diga-se – a legislação trabalhista anterior: Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

O texto traz em seu art. 611-A que “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre”.

O alibi dos defensores dessa alteração está no fato de que deu certo em outros países, notadamente os da Europa, esquecendo-se de que o Brasil tem a marca das desigualdades, do baixo nível de escolaridade, do desemprego, das lutas contra trabalho análogo a escravo, contra o trabalho infantil, contra a exploração em geral. Portanto, tese insustentável.

Essa proposta também é antiga, já teve seu início, como a terceirização, na era FHC, no ápice do período neoliberal com o PL nº 5483/2001, para alteração do art. 618 da CLT.

Em texto anterior²⁸, já diagnosticamos o perigo, em prévia conclusão, ao dizer que, se as garantias mínimas pactuadas na Consolidação, como salários, jornadas, ausência de alterações *in pejus*, repouso semanal remunerado, férias e outros fizerem parte do rol das possibilidades de “negociação”, é evidente que haverá graves violações a tais direitos, sem que haja qualquer compensação, notadamente em períodos de recessão e avanço do desemprego, como o atual.

A supremacia das negociações coletivas guarda ainda uma outra preocupação que é o sistema sindical brasileiro atual, com cerca de 19.000 sindicatos (entre patronal e profissional), alguns com bastante representatividade e outros sem nenhuma, agravado pelo fato da lei em comento retirar uma das principais fontes de custeio dos sindicatos que é contribuição obrigatória, vai alterar o panorama do sindicalismo, além de acarretar redução do número. Tais fatos alterarão o poder negocial desses entes representativos dos trabalhadores.

Souto Maior entende que

nítida intenção de autorizar a redução de direitos, fingindo que são necessárias contrapartidas aos trabalhadores para tanto, mas isso não se dá concretamente, pois o projeto diz que se não houver contrapartida isso não invalida a negociação, ao mesmo tempo em que praticamente impede o trabalhador, individualmente, de defender na Justiça os seus interesses que entenda tenham sido atingidos pela negociação²⁹

Destaque-se ainda a prevalência do acordo sobre a convenção coletiva ainda que mais desfavoráveis, conforme artigo 620 reformado, bem como a vedação da ultratividade das normas que vinha sendo discutida na jurisprudência

O que agrava é o fato da lei no § 3º do artigo 8º limitar o judiciário trabalhista de anular cláusulas ajustadas em acordos e convenções, mesmo contrárias à lei. Verifica-

²⁸ MEDEIROS. Benizete Ramos. Velhos hábitos, nova roupagem – uma reforma sob encomenda e a luta das Associações e Instituições para evitar os retrocessos. In http://revistaelectronica.oabrij.org.br/?page_id=1017. 2017.

²⁹ MAIOR. Jorge Luiz Souto. Jornal do Brasil. <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/04/23/reforma-trabalhista-deputados-e-juristas-combatem-projeto-de-mudanca-da-clt/>. Acesso 24.04.2017

se, com isso, a quebra do princípio da norma mais favorável, como também do acesso à justiça, previsto no art 5º, inciso LXXIV da CF/88.

Não é o objetivo deste texto, repita-se, analisar toda a Lei da reforma, mas sim fazer um diálogo com as fontes históricas e as mudanças que grassam em regime de minimização do judiciário trabalhista; de embaraço criado ao acesso a Justiça; de dificuldades no processo de execução; de precificação do dano extrapatrimonial; de ausência de fiscalização para cessação do contrato. A ANAMATRA, no enunciado 01, assim, decidiu sobre o tema:

ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA

I - negociação coletiva. Limites. Adequação setorial negociada. As regras autônomas coletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo trabalhista, desde que implementem padrão setorial de direitos superior ao padrão geral heterônomo, ou quando transacionam setorialmente parcelas e direitos trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa, respeitadas as normas de indisponibilidade absoluta. II - a "adequação setorial negociada" não autoriza a supressão ou redução de direitos "tout court", cabendo às partes, nos termos do artigo 611-A da CLT com a redação dada pela lei 13.467/2017, justificar a excepcionalidade da adequação e sua transitoriedade, bem como definir as contrapartidas, com razoabilidade e de boa-fé, sendo inconstitucional o disposto no parágrafo 2º do art. 611-a da CLT³⁰

Por fim, uma preocupação quanto ao disposto no art. 2º da Lei, no que se refere aplicação imediata aos contratos vigentes. Numa primeira vista, parece que vence os artigos 468 e 469 da velha CLT, quanto à inalterabilidade dos contratos. No entanto, tais dispositivos não sofreram qualquer modificação. Fica com isso, uma fala comum do jus filósofo Souto Maior: “como vai ser isso?” se efetivamente “Art. 2º O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes.”

3. Buscando uma conclusão:

Quais as estratégias para a advocacia e demais artífices do direito? Várias, dentre elas compreender o processo histórico para utilizar a hermenêutica jurídica e lutar.

As alterações legislativas trabalhistas do ano de 2017 são um marco na história, pela desconstrução do Direito do Trabalho pela destruição de conquistas que têm a marca das lutas em diversos países da Europa e no Brasil.

As transformações com espeques negativos já fizeram visitas em instituições de ensino, indústrias automobilísticas e outros, o mais que vai ocorrer, não é motivo para otimismo pelos trabalhadores menos ainda pelos defensores dos direitos sociais.

A terceirização retira o que o empregado pode ter de mais importante, o orgulho de trabalhar e fazer carreira na sua empresa empregadora; o trabalho intermitente remove as esperanças de solidez financeira e trabalho contínuo; o negociado sobre legislado é uma grande incógnita com o movimento sindical enfraquecido, sugerindo redução de direitos, de conquistas e até de emprego; o trabalho a distância traz ínsito a quebra de paradigma com a transferência dos riscos do negócio.

Se no capitalismo pesado as relações de emprego forneciam segurança de permanência no emprego pelo tempo de vida da empresa ou até se alcançar a aposentadoria, e com ganhos capazes do trabalhador sustentar a si e sua família, a reforma trabalhista sugere os sólidos se desmanchando no ar, trazendo futuros incertos.

³⁰ ANAMATRA. Site referido.

Voltando na história, o grande crescimento industrial da época colocava os dados econômicos em patamares nunca antes vistos, porém correspondia, ao mesmo tempo, a baixíssimos padrões sociais, causas das disrupções dos sistemas. Também o novo modelo traz questões sociais relevantes, as quais novamente recaem sobre os empregados.

Se o período da Revolução Industrial foi marcado por lutas, conquistas e retrocessos, sem experimentar um avanço progressivo e definitivo em prol de melhores condições de trabalho, refletindo as disputas de poder entre as classes iminentes na sociedade, não é diferente nessa quadra da história.

A racionalidade instrumental ou estratégica, marca do capitalismo leve, tem reflexos na reforma trabalhista, dominando as relações de trabalho a tal ponto que etiqueta o valor da vida do trabalhador; retira-lhe a possibilidade de planejamento de vida e traz insegurança quanto ao futuro.

O pior parece estar por vir, há uma incógnita quanto ao futuro do mundo do trabalho. Mas, o desânimo, preocupação e pessimismo já atinge grande parte dos empregados, dos sem empregos e dos artífices do Direito do Trabalho.

Retorna à frase do saudoso Calheiros Bomfim, propondo que “Se a justiça conflita com lei, impõe-se pugnar pela justiça”

Avante na pena! Avante na coragem!

Referencias

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho (De acordo com a reforma trabalhista). SP: Método. 2017.

CARDOSO E LAGE, as normas e os fatos, desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil, editora FGV, 2007;

DELGADO, Maurício Godinho. Debate do Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, sobre a regulamentação de serviços terceirizados. In: Câmara dos Deputados, sessão: 281.3.54. O.

Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=281.3.54.O&nuQuarto=14&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=11:45&sgFaseSessao=CG%20%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=18/09/2013&txApelido=MAURICIO%20GODINHO%20DELGADO&txEtapa=Com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final>> Acessado em 03/11/2014.

HOBBSBAM, Eric. A era das revoluções 1780-1848. São Paulo, Paz e Terra, 2005.

_____, Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991, São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 61/89

HESPANHA, Antonio Manoel, A cultura jurídica Européia: síntese de um milênio, Coimbra, Editora Almedina, 2012;

MARX, K; ENGELS, F, O manifesto do partido comunista, editora Martin Claret, 2000;

MEDEIROS. Benizete Ramos. O direito ao trabalho decente e digno como princípios fundamentais e as alterações da legislação trabalhista: Um aviltamento sem fim. Revista da Associação Brasileira de advogados Trabalhistas- ABRAT ano 5. N. 5. MG: ed. Fórum. 2017.

_____. Velhos hábitos, nova roupagem – uma reforma sob encomenda e a luta das Associações e Instituições para evitar os retrocessos. In http://revistaelectronica.oabrij.org.br/?page_id=1017. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, curso de direito do trabalho: teoria do direito do trabalho, volume I: Parte I. São Paulo, LTr, 2011.

_____. Jornal do Brasil.
<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/04/23/reforma-trabalhista-deputados-e-juristas-combatem-projeto-de-mudanca-da-clt/>. Acesso 24.04.2017;

SUPIOT, Alain. Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito, São Paulo: Martins Fontes, 2007.;

VIANNA et AL, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.– Rio de Janeiro: Revan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014.

Site:

ANAMATRA. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 20/11/2017.