

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE
DO TRABALHO**

MARIA AUREA BARONI CECATO

NORMA SUELI PADILHA

FERNANDO FITA ORTEGA

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D598

Direito do trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020

Coordenadores: Fernando Fita Ortega; Maria Aurea Baroni Cecato; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-011-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO DO TRABALHO E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Apresentação

No âmbito de uma parceria estabelecida entre Espanha e Brasil, constando de um projeto desenvolvido no X Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado na Universidade de Valência, de 4 a 6 de setembro de 2019, os textos abaixo arrolados foram apresentados e debatidos junto ao Grupo de Trabalho (GT) intitulado “Direito do Trabalho e eficácia dos direitos fundamentais no meio ambiente do trabalho”.

As apresentações e os debates se colocam, assim, em considerações gerais sobre direitos fundamentais laborais e sua evolução, segundo o texto de apresentação, abaixo transcrito, elaborado pelos coordenadores do GT.

Os direitos fundamentais laborais e sua evolução: considerações gerais

1. A origem e o desenvolvimento dos direitos sociais nas Constituições.

A proclamação constitucional dos direitos sociais, como direitos fundamentais, surgiu sempre vinculada a fenômenos traumáticos, em um intento de “vertebração” das sociedades que deles foram vítimas. Assim aconteceu com o reconhecimento desses direitos no âmbito do que veio a ser denominado Constitucionalismo social¹, o que significa, nas palavras de MONEREO, a pretensão político-institucional de colocar a economia a serviço da sociedade, ao incorporar os direitos sociais nas constituições, garantindo, de forma efetiva, os direitos fundamentais mediante a realização de políticas redistributivas de riqueza e a democratização e “pluralização” da ordem política e socioeconômica.²

Igualmente aconteceu com a consolidação dos direitos sociais nos textos constitucionais, cuja expressão nas Constituições européias ocorreu nos anos imediatamente após a Segunda Guerra Mundial em áreas não sujeitas a ditaduras³, ou após a queda destas.⁴ Uma característica comum dessas constituições é a exaltação dos valores sociais como espinha dorsal do novo marco jurídico que deverá reger a sociedade, como resta compreendido de seus primeiros artigos⁵, com o objetivo de estabelecer sociedades que possam conviver em paz e harmonia através da estabilidade social.

Juntamente com os direitos sociais, as constituições também reconhecem os direitos econômicos, entre os quais, como referência, destaca-se o princípio da liberdade de empresa, que faz parte do desenho econômico constitucional, integrando a chamada constituição econômica que, normalmente (e, em todo o caso é assim que ocorre na Espanha) se configura como constituição aberta e não está sujeita a modelos econômicos fixos.⁶

2. A revisão dos direitos fundamentais à luz do princípio da liberdade de empresa: o caso espanhol no contexto europeu.

Pois bem, em que pesem as dificuldades que existem para reconhecer a liberdade de empresa como um direito fundamental, o certo é que a liberdade de empresa, como as demais liberdades de mercado, compartilham mecanismos processuais e garantias institucionais de máxima proteção jurídica outorgada aos direitos fundamentais nas jurisdições nacionais⁷. E se um direito vale juridicamente o que valem suas garantias⁸, vale assinalar que aquelas que estão sendo colocadas, nos últimos tempos, em defesa do princípio da liberdade de empresa, são maiores do que as que protegem os direitos fundamentais dos trabalhadores, como resultado dos momentos atuais caracterizados pela globalização econômica e pelo triunfo das políticas neoliberais (muito mais paleoliberais, nas palavras de JAVIER DE LUCAS).⁹

Como parte da constituição econômica, a liberdade de empresa se modula em virtude de um critério de caráter econômico – economia de mercado ¹⁰ – na qual a defesa da concorrência constitui um pressuposto e um limite necessário dessa liberdade (Sentença do Tribunal Constitucional 208/1999). A defesa da competência supõe, pois, um critério de ponderação a ser considerado na hora da avaliação do ordenamento jurídico, incluídos os limites aos direitos fundamentais dos trabalhadores. ¹¹

Nessa situação se apresenta um difícil equilíbrio entre a economia de mercado e a configuração dos países como estados sociais, uma vez que a intervenção econômica das autoridades públicas para defender os valores sociais poderia configurar um prejuízo para a defesa da concorrência. É, como VIERA ÁLVAREZ¹² aponta, uma questão de limites. Limites por excesso e por padrão. Por excesso, dado que a Constituição não permite um sistema de mercado puro, com uma economia altamente liberalizada, tanto porque a Espanha se constitui como um Estado social, como também em razão do reconhecimento de uma iniciativa econômica para o Estado.¹³

Por padrão, porque o mercado não pode ser alterado, tornando-se uma economia planejada e centralizada; há uma intervenção das autoridades públicas, embora o coração do modelo esteja na iniciativa privada.

No entanto, em um contexto de emergência de espaços político-econômicos regionais, que implicam a superação do Estado-Nação em virtude de parâmetros.

essencialmente econômicos¹⁴, e a forte presença de políticas neoliberais, a defesa dos direitos sociais fundamentais foi enfraquecida em razão da preeminência que foi dada aos parâmetros próprios da economia. Assim tem ocorrido na União Europeia, onde as quatro liberdades comunitárias instrumentais para a criação do mercado único - livre circulação de pessoas, bens, serviços e capital - exigem a criação de um sistema econômico que garanta, para seu funcionamento, livre concorrência real e eficaz.

Não é de surpreender, portanto, que, na tentativa de constitucionalizar uma série de direitos e princípios no nível da comunidade, juntamente com certos direitos sociais, seja coletada a liberdade da empresa¹⁵, que foi entendida como constitucionalização da «Economia social de mercado», que implica limitações importantes ao intervencionismo político-econômico típico do estado social contemporâneo¹⁶. O direito originário da União Européia estaria, portanto, integrando uma constituição material, forte, na qual os direitos sociais são integrados de maneira frágil, passando a ser considerados barreiras não-tarifárias ao mercado livre, assim como aconteceu com os direitos de greve e negociação coletiva em sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia em sentenças como as proferidas em Albany, Viking, Laval ou Ruffert.

Desse modo, aparece um modelo social europeu, definido em contraposição ao Estado social, começando a falar de um modelo de solidariedade competitiva que substituiria o da solidariedade distributiva, subtraindo da esfera da solidariedade do Estado as políticas de integração em matéria social ao impor-se a subordinação dos direitos sociais ao mercado.¹⁷

Em definitivo, a lógica seguida pela União Européia vem se situando na manutenção de uma economia saneada e competitiva, respeitando o princípio da livre concorrência, como instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho seguindo o entendimento de que a melhoria social derivaria naturalmente do progresso social. Assim, um Estado de competição econômica que faria a lógica econômica prevalecer sobre a social, revendendo os direitos sociais, estaria substituindo a forma política do Estado social.¹⁸ Tudo isso levaria ao surgimento de um novo conceito de cidadania, a cidadania do consumo, fundada no mercado, que resultaria do entendimento de que o avanço social é alcançado a partir dos benefícios que os cidadãos europeus podem lograr como consumidores e como resultado de produção mais eficiente e concorrência mais intensa.¹⁹

Como resultado da globalização econômica e da submissão – e, em muitos casos, da conivência – do poder político ao poder econômico, os Estados limitaram suas possibilidades de intervenção na tutela dos direitos sociais.²⁰ Portanto, a defesa dos valores sociais deve ser impulsionada no plano internacional ou pelo desenvolvimento de novos mecanismos de proteção transnacional, ou seja, estabelecendo a resposta da defesa social na mesma esfera em que sua ameaça se move. ²¹

Nesse sentido, é importante reconhecer que, apesar do forte condicionamento da economia, em um espaço supranacional, como o da União Européia, houve alguns avanços importantes na garantia dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Isso aconteceu em questões relacionadas à segurança e saúde no trabalho, nas quais a jurisprudência trabalhista do Tribunal de Justiça em termos de tempo de trabalho estendeu as garantias dos trabalhadores além do imaginável, atendendo a tradição jurídica dos diferentes Estados membros. O mesmo aconteceu em outras matérias, como com o reconhecimento e fortalecimento dos direitos à informação e consulta; a proibição de discriminação (apesar da hierarquia que pode ser encontrada na proteção de certos motivos discriminatórios e a falta, em muitos casos, de mecanismos eficazes de proteção) ou a proteção da privacidade derivada da proteção de dados.

E ainda, dadas as terríveis conseqüências das políticas econômicas na fase de crise iniciada em 2018 (distanciamento do cidadão do projeto europeu, traduzido no auge dos nacionalismos e na contestação à própria existência da União, que está se estendendo por todo o espaço geográfico) no ano de 2017, foi apresentada a proposta de criação de um pilar europeu dos direitos sociais ²², que busca servir de guia para alcançar resultados sociais e de emprego eficientes para responder aos desafios atuais e futuros, a fim de garantir uma melhor regulamentação e aplicação dos direitos sociais, satisfazendo as necessidades essenciais da população que expressando os princípios e direitos essenciais para o bom e justo funcionamento dos mercados de trabalho e sistemas de bem-estar na Europa do século XXI. ²¹.

No entanto, resta pendente a necessidade de promover a proteção de outros direitos trabalhistas consolidados, bem como de estender essa mesma tutela ao plano internacional. Para isso, é imprescindível fortalecer a eficácia jurídica dos tratados internacionais ratificados pelos distintos Estados, que vêm sendo ignorados nos últimos tempos de crise econômica, elevando esta última ao parâmetro de interpretação constitucional²⁴ assim como exceção ao cumprimento das obrigações impostas pelas normas internacionais. ²⁵

Nesse sentido, cobram especial significação as iniciativas para a criação de um direito transnacional, como no caso da lei francesa nº 2017-399, de 27 de março de 2017, sobre o dever de fiscalizar as principais empresas em relação ao cumprimento de certos padrões laborais, por parte das empresas de terceirização – ainda que estejam localizados no exterior, sob outra codificação legal –, o que significa uma medida de responsabilidade social corporativa, voluntária para as empresas, na tentativa de garantir direitos sociais de trabalhadores que não são cidadãos do país que adota a medida.

3. Considerações acerca do contexto brasileiro no que concerne aos direitos fundamentais e à liberdade de empresa.

Embora com alguma limitação de amadurecimento político em relação à Europa (e aqui fala-se da Europa da época do estabelecimento dos direitos sociais, portanto, a Europa tradicional e juridicamente não estruturada em um ordenamento supranacional), o Brasil seguiu, em parte, o modelo europeu de construção de um Estado social. E o fez, assim como o fizeram outros países da América Latina e até mesmo de outras partes do mundo. Mas, claro, esse quadro foi também influenciado por outros fatores, econômicos, culturais e políticos, locais e regionais.

Tratou-se, sem dúvida, de um momento histórico de nova compreensão de como a sociedade deveria ser estruturada. Ao menos em termos mais ideais (e menos concretos), tratava-se de edificar o espaço de todos, o que implicava em reduzir desigualdades, no intuito da inclusão social. Esse conceito não desapareceu, mas cedeu lugar à preeminência da liberdade de empresa, restando desequilibrado o cotejo.

Vale considerar que o Brasil foi signatário do Tratado de paz da Primeira Guerra Mundial (Tratado de Versailles) e, nessa condição tornou-se, desde então, membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa foi uma das razões pelas quais ele esteve, desde o início, no contexto da criação de normas de proteção ao trabalhador e da compreensão de princípios que semeavam, desde então, o ideal do Constitucionalismo social.

Todavia, a primeira Constituição social brasileira data de 1934, quase vinte anos depois da Constituição social Mexicana, de 1917 e da Constituição de Weimer (1919). Isso, entretanto, não é o fato mais significativo porque, em períodos de autoritarismo, que foram muitos e relativamente longos, permaneceram os direitos laborais individuais, mas os coletivos – por óbvio, de cunho mais fortemente políticos e econômicos – foram extintos ou reduzidos, o que manteve os sindicatos em uma relativa inércia.

Na sequência, destaca-se a atual Constituição (de 1988) pós queda do regime civil-militar de 1964 a 1985. Esse texto constitucional é, sem dúvida, uma construção democrática “livre, justa e solidária, fraterna, pluralista e sem preconceitos”, destinada a “assegurar o exercício dos direitos sociais...” (Preâmbulo da Constituição Federal Brasileira) e a dignidade da pessoa humana (Artigo 1 da C.F.B.) Nela, um espaço considerável foi destinado aos direitos sociais e, no âmbito destes, notadamente, aos laborais. Como suporte desse intento, a Ordem Econômica (Artigo 170 da C.F.B.) foi “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” com o fito de garantir “a todos existência digna”. De outro lado, é sustentada por princípios, dos quais devem ser destacados a “função social da propriedade” (e, assim, também a da empresa), a busca do pleno emprego e a livre concorrência.(Artigo 170 da C.F. B.). São todos princípios que embasam direitos fundamentais que devem garantir a tutela do trabalhador e a liberdade das empresas de se estabelecerem, pela livre iniciativa, como entenderem apropriado, exceto no que respeita a limites estabelecidos por lei.

Nos últimos tempos, todavia, o cotejo entre a liberdade de empresa e a proteção aos direitos fundamentais laborais, resulta numa clara inclinação de ganho para a primeira. Este é o contexto brasileiro que hoje se coloca na vanguarda dos países latinoamericanos: há uma nítida propensão para a valorização da liberdade da empresa em detrimento da proteção dos direitos dos trabalhadores. E, conquanto se saiba da existência de uma tendência mundial no sentido de precarizar direitos laborais e sociais em geral, resta uma diferença relevante de correlação de forças nos diversos ordenamentos jurídicos.

Em termos substantivos, a concretização maior dessa tendência é a recente Reforma Trabalhista (Lei 13.467 de 2017). Esse novo estatuto reduz fortemente a tutela do trabalhador, visando permitir às empresas fácil adequação ao quadro concorrencial mundial (expandida pela mundialização econômica). Assim, restam atendidas as necessidades das empresas, mas, sobretudo, seus interesses.

Apenas a título exemplificativo, destaca-se, nessa nova regulamentação, a prevalência do negociado sobre o legislado, o que reduz o espaço dos sindicatos e leva à negociação direta entre patrão e empregado, representando grande risco para a efetividade dos direitos trabalhistas. Aliás, se contratos entre patrão e empregados fossem isentos da preeminência da vontade do primeiro sobre a do segundo, jamais se teria tido necessidade de estabelecer normas tutelares para a dignidade do trabalhador. E, como não poderia deixar de ser, esse quadro é agravado pelos efeitos negativos da globalização econômica que impacta as condições de trabalho em todo o mundo.

No que concerne ao procedimento adotado para aprovação da mencionada reforma, cabe ressaltar a ausência total de diálogo com os sindicatos e com a sociedade em geral, diálogo esse necessário e devido, já que a chamada “Reforma Trabalhista” não constitui, por óbvio, alterações pontuais no Direito do Trabalho brasileiro. Ao contrário, implica em mudanças estruturais nesse ramo do Direito.

O Brasil nunca pode ser realmente considerado um Estado social, conquanto tenha estabelecido direitos sociais do início do Século XX até a atualidade. E, de fato, faltavam-lhe elementos para tal, destacando-se a persistência de forte desigualdade econômica e social durante todo esse tempo. Mas, apesar de embargada por outros ideais, a depender do momento político, havia uma intenção de sê-lo.

O país se encontra, hoje, muito mais afastado dessa condição. Contribui para essa perda, o projeto, já quase toalmente aprovado, da Reforma da Previdência Social, mais um portador de fortes perdas para os trabalhadores. Relembre-se que, dentre os pilares que constituem o chamado trabalho digno (“trabalho decente” na nomenclatura da OIT) está a proteção social, forte aliada dos direitos laborais.

Esse é o quadro atual, ainda sem qualquer perspectiva de reaproximação do status anterior. Entre a liberdade da empresa e os direitos mínimos e essenciais dos trabalhadores (o que repercute na sociedade em geral), está-se diante de um quadro em que estes últimos vêm enfrentando nítidas e consideráveis perdas, situação agravada pela persistência da grande desigualdade que marca o país.

Fora dos limites geográficos de cada país – e até pelo fato de que as relações laborais são, cada vez mais, impactadas seja direta, seja indiretamente, pela intensificação da globalização econômica, – vale reiterar o que já foi mencionado acima: a defesa dos direitos sociais fundamentais deve ultrapassar as barreiras dos ordenamentos nacionais, de forma a ser impulsionada no nível internacional ou através de mecanismos de ordenamentos transnacionais. .

1. Com a primeira manifestação da Constituição Mexicana de 1917, depois da revolução iniciada em 1910 e sua continuidade com a Constituição de Weimar, de 1919, depois da sangrenta I Guerra Mundial.

2. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea”. Revista Española de Derecho del Trabajo n.160/2013, p. 6 (versión electrónica).
3. É o caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1946 ou da Italiana de 1947.
4. Como aconteceu no caso da Constituição portuguesa de 1976 ou da Constituição espanhola de 1978. Da mesma forma, no caso das constituições latino-americanas, como a brasileira, promulgadas após a queda dos regimes ditatoriais - apoiados e promovidos a partir dos Estados Unidos da América do Norte - que impediram o avanço do reconhecimento dos direitos civis e sociais.
5. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale (art. 1); L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro (art. 1); España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1)...
6. Não foi este, entretanto, o caso português, já que o texto original da Constituição de 1976 se encontrava fortemente marcado por uma ideologia socialista.
7. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, Lex Social, vol. 7, nº. 1 (2017) p. 219.
8. TORRES DEL MORAL, A. (1991), Estado de Derecho y democracia de partidos, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, p. 230.
9. Conferência inaugural do CONPEDI, Valencia 4 de setembro de 2019.
10. Reconhece-se a liberdade de empresa no marco de uma economia de mercado, estabelece o artigo 38 da Constituição Espanhola.
11. Limitando-se direitos sociais fundamentais como o da negociação coletiva, ao, por exemplo, declarar-se contrárias à competência certas cláusulas das convenções coletivas limitativas do recurso à externalização produtiva. Sobre esse particular, veja-se AA.VV., “La aplicación de la Ley de defensa de la competencia a los convenios colectivos”, en AA.VV. (Dir. GOERLICH PESET, J.M., Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho a la competencia. Consejo Económico y Social. Madrid, 2001, pp. 281-393.

12. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 21, 2010-I, p. 220.

13. O artigo 38 da Constituição Espanhola dispõe: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

14. Vale lembrar que a criação da União Europeia surge a partir da aspiração da criação de un Mercado Único.

15. Artículo 16 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

16. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 13.

17. VIERA ALVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado social” cit., p. 212.

18. MONEREO PÉREZ, J.L., “El constitucionalismo social europeo...”. cit, p. 4.

19. LLOBERA-VILA, M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de empresa, libre competencia y constitución del trabajo”, cit., pp. 224-225.

20. Possibilidades que no caso espanhol estão incluídas, entre outros, nos artigos 9, 33, 40, 128, 131 da Constituição, onde está estabelecido: a obrigação do poder público de remover os obstáculos para que a igualdade dos indivíduos e dos grupos em que estão integrados sejam reais e eficazes, bem como promovam condições favoráveis ao progresso social e econômico e a uma distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal; a função social da propriedade privada; a subordinação da riqueza do país, em suas diferentes formas e qualquer que seja sua propriedade, ao interesse geral, reconhecendo a intervenção pública na economia em defesa desse interesse; a possibilidade de planejar a atividade econômica geral para atender as necessidades coletivas, equilibrar e harmonizar o desenvolvimento regional e setorial e estimular o crescimento da renda e da riqueza e sua distribuição mais justa.

21. FITA ORTEGA, F. y NAHAS, T., “La necesidad de una nueva internacionalización, o supranacionalidad, para asegurar la efectividad de la gobernanza de las relaciones de trabajo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*” Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Colección informes y estudios, Serie General, n.º. 23, 2019, pp. 1653-1667.

22. Que, no momento, se materializou na aprovação da Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia e na criação pelo Regulamento 2019/1149 de um novo órgão, a Autoridade Europeia do Trabalho, que garante que as disposições europeias sobre mobilidade laboral sejam aplicadas de forma justa, simples e eficaz.

23. Apartados 12 y 13 do Pilar europeo de direitos sociais.

24. Como aconteceu no caso das sentenças constitucionais espanhóis 119/2014 e 8/2015, que analisaram a constitucionalidade das reformas trabalhistas espanholas de 2012.²⁵ Como foi o caso, por exemplo, da denúncia apresentada a certas medidas do Governo grego perante o Comitê Europeu dos Direitos Sociais por violações de certas obrigações impostas pela Carta Social Europeia (Reclamação n.º 65/2011) e sobre as quais o Governo respondeu admitindo a não conformidade, indicando que se tratava de uma não conformidade temporária e que reverteria a situação assim que a situação econômica permitisse (GR-SOC (2012) CB5, 5 de novembro de 2012).

Valência (ES); João Pessoa (BR); Florianópolis (BR), 16 de setembro de 2019

Prof. Dr. Fernando Fita Ortega – Universidade de Valência (UV)

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato – Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO TRABALHO EM PARADOXO AOS EFEITOS DO TRABALHO INTERMITENTE CRIADO PELA LEI 13.467/17 - AVANÇO OU RETROCESSO SOCIAL?

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO WORK IN PARADOX TO THE EFFECTS OF INTERMITTENT WORK CREATED BY LAW 13.467 / 17 - PROGRESS OR SOCIAL RETROCESS?

Regina Celia Pezzuto Rufino

Resumo

A presente pesquisa elaborada pelo método dedutivo com embasamento doutrinário e legislativo, trata do trabalho intermitente, analisado sob a ótica do Estado Democrático de Direito e do princípio da proibição do retrocesso social, percorrendo a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais, para a criação do trabalho intermitente e seus efeitos. Considerando o assento constitucional do pleno exercício da cidadania através do acesso ao trabalho digno, analisa-se a contrapartida do anseio do empregador, na busca desenfreada por lucros, através da alta produtividade e redução de encargos trabalhistas, divorciando-se da função social da empresa, e da almejada justiça social.

Palavras-chave: Palavras-chave: direitos sociais, Reforma trabalhista, Trabalho intermitente, Avanço, Retrocesso social

Abstract/Resumen/Résumé

Present research, elaborated by the deductive method with doctrinal and legislative basis, deals with the intermittent work, analyzed from the point of view of the Democratic State of Law and the principle of the prohibition of social retrogression, traversing the evolution of the recognition of the fundamental rights, for the creation of the work and its effects. Considering the constitutional seat of the exercise of citizenship through access to work, the counterpart of the desire of the employer is analyzed search for profits, through high productivity and reduction of labor costs, divorcing the social function, and the desired social justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Key words: social rights, Labor reform, Intermittent work, Advance, Social background

INTRODUÇÃO

O alto índice de desemprego e o crescimento do trabalho informal têm propiciado aos trabalhadores um aceite cada vez maior de sujeição a regimes precários de trabalho, na busca de sua subsistência.

Para amenizar essa problemática, e com objetivo de facilitar o acesso ao trabalho, o legislador criou através da Lei n. 13.467/17, uma série de regras inéditas que flexibilizam algumas relações trabalhistas, especialmente, a criação do contrato de trabalho intermitente, observando suas condições e efeitos na atual realidade brasileira.

O presente trabalho analisa a criação do contrato de trabalho intermitente, estabelecendo uma comparação crítica entre a finalidade desta modalidade de contratação e a garantia ao respeito dos direitos fundamentais do trabalhador, notadamente, o direito social ao trabalho conjugado sob o prisma da ânsia do empregador pelo aumento da produtividade e do lucro para manutenção do poderio econômico.

A análise desta problemática justifica-se pela observância da ineficácia prática de algumas premissas constitucionais impostas pelo Poder Público para o pleno exercício da cidadania, notadamente da valorização dos direitos dos trabalhadores como atores integrantes de uma sociedade, abordando, através do método dedutivo o cenário e peculiaridades entre as relações trabalhistas, normas tutelares e a imposição de respeito às condições que favoreçam o efetivo cumprimento dos direitos sociais do trabalhadores, entre estes, o direito ao trabalho, mormente, em sua participação da vida comunitária para o satisfatório exercício da cidadania.

Retrata ainda através de uma reflexão-crítica, os ditames estabelecidos pelo legislador para garantia dos direitos sociais por parte do trabalhador e a realidade prática do cotidiano em virtude das peculiaridades do trabalho intermitente e as consequências jurídicas advindas desta forma flexibilizada de relação trabalhista, traçando um contraponto entre as regras normativas oriundas do trabalho intermitente e o bem social do direito ao trabalho e a valorização do trabalhador, retratando a finalidade teórica da criação dessa modalidade de trabalho e os efeitos empíricos observados após o advento da Lei 13.467/17 conhecida como Reforma Trabalhista.

Dessa forma, impõe-se uma comparação entre o intuito de aumento do emprego e acesso ao trabalho com a flexibilização de direitos do trabalhador intermitente, e as premissas fundamentais do pleno exercício do direito ao trabalho de forma digna, e do protecionismo a parte mais vulnerável e hipossuficiente desta relação, traçando uma vertente sob a ótica dos princípios, objetivos e preceitos fundamentais da seara laboral.

Muito embora o trabalho também seja um direito social fundamental, o pleno exercício de cidadania e acesso a este direito, apenas se efetiva, quando exercido de maneira digna, justa e igualitária, cabendo ao Estado impor regras e diligências eficientes à garantia deste direito, certificando-se, outrossim, do cumprimento do papel social das empresas, culminando no respeito à democracia, e no fiel cumprimento das diretrizes constitucionais e solidárias das relações trabalhistas.

1. O ACESSO AO TRABALHO COMO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

O trabalho humano é essencial a realização social e pessoal do ser humano, constituindo um exercício de dignidade e cidadania.

A dignificação do trabalho é observada desde o cristianismo, época em que Cristo explicitava que inobstante a essencialidade dos bens espirituais, insofismável a importância do homem ganhar seu pão pelas próprias mãos. (RUFINO, 2011)

1.1. A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO DO TRABALHADOR E AS PREMISSAS CONSTITUCIONAIS

O trabalho é meio pelo qual o homem adquire meios para garantir sua subsistência, já que a necessidade de alimentar-se, e de proteger seu grupo social, o que ensejou um aprimoramento no trabalho realizado, na busca da perpetuação da espécie. (BARROS, 2005)

Contudo, o trabalho humano não era valorizado, vez que o trabalhador era considerado um “bem” do tomador de serviços, o que teve uma formação gradativa a partir dos movimentos humanistas.

A necessidade de surgimento de uma ordem jurídica que disciplinasse as questões envolvendo o trabalhador e seus direitos se originou da questão social que foi precedida da Revolução Industrial e da reação humanista a que ela se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias. (NASCIMENTO, 2013)

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789 marcou a valorização do homem, o que embasaria posteriormente, de forma mais consolidada a valorização do trabalhador. Esta Declaração, que se consubstanciou na Revolução Francesa, souou reflexos de extrema relevância para à valorização do homem. (RUFINO, 2011)

Contudo, a efetiva proteção do trabalhador pelo Estado, surgiu á época da Revolução Industrial, ao constatar-se que o trabalhador, que só possuía a sua energia, mais valia, a oferecer, era visto como inferior, limitado a se defender do poderio econômico da indústria, iniciando, por conseguinte, a valorização do trabalho e do trabalhador (RUFINO, 2011)

Muito embora, a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, tenha facilitado a criação de normas de proteção ao trabalhador, através de suas Convenções ratificadas por diversos países, a valorização e reconhecimento do direito ao trabalho como um direito essencial ao homem, se consubstanciou décadas mais tarde, após findada a Segunda Guerra Mundial.

A universal valorização do trabalhador, e do direito essencial ao trabalho se consolidou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que dispõe em seu art. 23º:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, **assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.**(g.n.)
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Desta forma, o reconhecimento do direito a um trabalho livre e digno com condições justas e favoráveis, e com proteção contra o desemprego, passou a ser reconhecido ampla e universalmente, aliando-se às liberdades individuais, através do pleno exercício dos direitos sociais como direitos de segunda geração, conforme classificação décadas mais tarde, expressando, o pleno exercício de cidadania (RUFINO, 2011)

No Brasil, a Constituição Democrática de 1988, valorizou o pleno exercício da cidadania e o respeito aos direitos fundamentais, notadamente, os direitos sociais, entre eles, o direito ao trabalho, conforme entendimento de Bobbio (2004, p. 112)

Hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem. Se se elimina uma concepção individualista da sociedade, não se pode mais justificar a democracia do que aquela segundo a qual, na democracia, os indivíduos, todos os indivíduos, detêm uma parte da soberania. E como foi possível firmar de modo irreversível esse conceito senão através da inversão entre poder e liberdade, fazendo-se com que a liberdade precedesse o poder?

O exercício do trabalho passou a ser reconhecido como um direito do cidadão, respeito à liberdade, ao prazer, embasado na dignidade humana, no valor social do trabalho e na livre iniciativa.

Para tanto, é primordial que o cidadão logre seu acesso ao trabalho e aos meios de produção, a fim de arcar com sua subsistência, alcançando sua realização pessoal e social, valorizado no seio da família e da sociedade, ao considerar que, com o trabalho, a produção cresce, bem como o poderio econômico, o consumo e o conseqüente progresso de um país, com a satisfação do operário que se sente mais digno e valorizado pela coletividade, e seu papel de consumidor que contribui para a circulação das riquezas que estimulam esse progresso. (RUFINO, 2011)

A valorização do trabalhador como indivíduo prima pelo reconhecimento da dignidade humana, um adjetivo intrínseco à condição especial do ser, a qual, se desdobra em outros direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade, o exercício da cidadania, direito ao trabalho, insofismável, pois, que o trabalhador não deve ser limitado a uma mercadoria pertencente ao processo produtivo que visa a obtenção do lucro para satisfação dos anseios capitalistas, e sim, ao fim precípua e essencial para circulação da cadeia produtiva.

Por conseguinte, o mundo laboral, na visão contemporânea, não se restringe à análise de proteção da jornada de trabalho, do salário e demais verbas materiais. Luta-se, outrossim, pelo respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, em seu papel de cidadão, entre eles, o direito ao trabalho, que é originário aos materiais mencionados. (RUFINO, 2011)

A valorização dos direitos humanos do trabalhador tornou-se imprescindível, mormente, os direitos sociais, considerados de segunda geração, os quais interferem diretamente na ordem econômica, que é a base do capitalismo de um país federativo como o Brasil, uma vez que, cabe ao Estado garantir o pleno exercício desses direitos, e no caso, o acesso ao trabalho, de forma digna, propicia, a valorização dos trabalhadores, que, mais satisfeitos, tornam-se mais eficientes, aumentando o lucro das empresas e movimentando a economia de uma nação.

Delgado (2015, p.116) afirma que na sociedade contemporânea:

Não mais se denota que a intervenção estatal de maneira exclusiva é fundamental para prevalência dos direitos fundamentais, podendo ser apenas, de uma adição à atuação coletiva obreira, afirmadora do padrão democrático de gestão trabalhista (...) porque não retira da

classe trabalhadora, o essencial senso de cidadania e de sujeito social, nucleares à existência e consolidação de qualquer convivência democrática.

De tal modo, a garantia do pleno exercício dos direitos sociais a todo cidadão, sobretudo ao trabalhador, por parte do Estado, implica na observância dos princípios do valor social do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade humana e cidadania, que embasam, outrossim, a ordem econômica e o sistema capitalista delineado na Constituição, restando primordial a valorização do acesso ao trabalho como mecanismo de impulsão aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Vale (2004, p. 32) entende que os direitos fundamentais são “um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como marco de proteção de situações jurídicas subjetivas”, com efeito, o respeito a esses direitos atingem a finalidade doutrinada pela Constituição.

Entretanto, impera salientar que o direito ao trabalho é um direito fundamental de segunda geração. De acordo com a teoria de Carl Schmitt, os direitos fundamentais se classificam em: a) todos aqueles que estão no texto da Constituição; b) todos aqueles que possuem proteção constituinte em virtude da imutabilidade da reforma constitucional. (*apud* BONAVIDES, 2014)

Para facilitar os estudos, os direitos foram classificados em gerações ou dimensões, como prefere denominar alguns autores, entendendo que do ponto de vista teórico, os direitos do homem nasceram em certas circunstâncias históricas, como os direitos individuais, ligados a ideia de liberdade,¹ com obrigação negativa do Estado, considerados de primeira geração; os direitos relacionados a igualdade, ou direitos sociais² ou liberdade positiva, considerados de segunda geração e os direitos de solidariedade³, fraternidade, os de terceira geração e atualmente, os direitos de quarta geração, que são aqueles que lidam com as mutações do patrimônio genético de cada indivíduo e seus limites. (BOBBIO, 2004)

Muito embora, atualmente parte da doutrina classifique até a sétima geração, o foco do presente estudo, é o direito ao trabalho, configurado direito social, portanto, de segunda geração.

O reconhecimento dos direitos sociais, em sintonia com os princípios constitucionais e cumprimento dos objetivos, ensejam a valorização do trabalho como um direito fundamental

¹ Direitos dos cidadãos derivados de sua condição de ser humano.

² O Estado tem o dever de reconhecer e ter ações positivas frente a estes direitos.

³ Aqueles reivindicados por um movimento social. Pode envolver a questão da ecologia e meio ambiente

do indivíduo, se mostram cada vez mais consolidados ao embasarem os ditames da Ordem Econômica, e da Ordem Social (previstas separadamente pela primeira vez na CRFB/88), tendo por fim assegurar a todos *existência digna*, nos moldes dos ditames da justiça social:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A Constituição Brasileira prevê, ainda, dispositivos mais específicos sobre a noção de dignidade, liberdade humana e dos direitos fundamentais previstos no *caput* do art. 5^o, todos interligados aos direitos sociais, previstos no art. 6^o (direito ao **trabalho**, à saúde, lazer e outros) e a proteção do emprego contra despedida arbitrária, prevista no art. 7^o, I, todos, visando a melhoria da condição social.

Estando inserido este capítulo no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ficou-se insofismável a natureza dos direitos sociais, como relevantes ao desenvolvimento e fundamentais do cidadão, bem como, a irrefragável força normativa desses direitos, os quais mudaram a forma de dialogar das constituições brasileiras ao longo de sua história, vez que, enquanto na época da ditadura militar a constituição dialogava com o Estado, com a promulgação da Constituição Democrática de 1988, passou a dialogar com a sociedade, ancorada nos direitos fundamentais, notadamente, na dignidade humana, priorizando o interesse dos indivíduos da sociedade e só posteriormente, os interesses do Estado. (RUFINO, 2011)

Desta forma, esses direitos passaram a se configurar como preceitos que subordinam a sociedade, o Estado e os particulares, nos moldes ressaltados por Sarlet (2010, p. 38):

Há de acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a construção de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares

⁴ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais providos de outros indivíduos ou entidades particulares.

Assim, inquestionável a relevância dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, sobretudo, os direitos sociais, os quais por vezes, quedam-se no esquecimento de sua validade e aplicação em relações desta natureza, por visarem primordialmente o aumento na lucratividade e a busca da subsistência.

Desse modo, o direito ao trabalho deve ser propiciado e estimulado pelo Estado a fim de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais e a circulação da economia de um país, atingindo o valor social do trabalho e a valorização do trabalhador.

Com efeito, os direitos e garantias individuais (igualdade, liberdade, vida e outros) refletem a abstenção do Estado para não violar ou invadir os direitos dos cidadãos, já os direitos sociais (trabalho, saúde e outros), refletem o modelo de atuação do Estado, a fim de que seja provedor desses direitos, possibilitando a garantia daqueles, notadamente, os de primeira geração.

1.2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO LABORAL E A VALORIZAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO.

Apesar de o empregador ter o direito fundamental de propriedade dentro do ambiente de trabalho, esse direito possui um viés social, protegido pelo Estado, responsável pela criação e aplicação de regras ordenadas que garantam a função social da propriedade e das relações jurídicas contratuais, especialmente, do contrato de trabalho.

Miranda (1998) explicita que a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância pública ao sistema dos direitos fundamentais, e, portanto, a Carta Maior repousa na concepção que faz a pessoa humana fundamento e fim da sociedade e do Estado.

A dignidade humana é o núcleo básico do ordenamento jurídico brasileiro, estipulando critério e parâmetro de valoração e interpretação do sistema constitucional de 1988. As garantias fundamentais em conjunto à dignidade humana destinam-se a constituir os princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro. Assim, aqueles direitos passam a ser de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico. (PIOVESAN, 2018)

Com isso, a valorização dos direitos fundamentais, dentro das relações jurídicas trabalhistas, retratam o alicerce imperativo da função social do contrato de trabalho. O empregador tem o direito-função, que é o poder atribuído ao titular para agir em tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio, devendo ser sensível à participação obreira no contexto empresarial interno, desfocando da concepção individualista. (DELGADO, 2015)

Daí, a denominada função social da empresa, que dentro do processo democrático, enfatiza o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, essenciais ao cumprimento da ordem social, a qual é embasada no princípio da dignidade humana. (RUFINO, 2011)

Considerando que os sujeitos da relação jus laboral encontram-se em condição de desigualdade, um hipossuficiente e o outro, autossuficiente, justifica-se a intervenção estatal a fim de evitar os abusos nos desmandos da parte mais forte, a fim de manter o equilíbrio na balança da Justiça.

Portanto, coube ao Estado efetivar a tutela do trabalhador através de direitos previstos em norma de ordem pública, descritos na Constituição Federal como direitos fundamentais, dentre os quais, salienta-se os direitos tutelados no art. 7º que visam melhores condições de trabalho sob a ótica material e econômica. (RUFINO, 2011)

Em virtude do conflito de interesses entre a “mais valia”(força de trabalho) e o capital (busca do lucro), a tendência é que o empregador almeje o aumento de sua produtividade exigindo, por vezes, de forma abusiva, o empenho e a dedicação da força de trabalho do empregado, o qual, acaba se submetendo às diversas formas de abusos, no anseio de receber um acréscimo em seu salário.

Paralelamente, a cultura brasileira prima por um aumento nos ganhos e ostentação de bens materiais, ensejando na busca de maiores salários por parte do trabalhador, submetendo-se às condições impostas, por vezes, arbitrariamente pelo empregador, no anseio de maiores ganhos, para obtenção de bens e melhora no estilo de vida, sendo conivente com o empregador que menospreza as premissas que direcionam a solidariedade do contrato de trabalho.

A visão social do contrato de trabalho se solidificou com art. 421 do Código Civil que dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Desde então, o contrato laboral, não mais pode ser interpretado na concepção individualista de um instrumento jurídico hábil a satisfazer interesses das partes, ensejou uma interpretação dentro de um contexto social, de forma exógena, como percursor do bem comum, sendo analisado não exclusivamente pelos aspectos formais (objeto capaz, objeto lícito e forma prescrita em lei), releva-se também outras questões igualmente importantes como a relação com o ambiente, às questões sociais e as morais.(PAMPLONA FILHO, 2005)

Se a função social do contrato restringe a liberdade de contratação nas relações privatísticas, com maior razão, no contrato de trabalho, em que as partes são desiguais, imperando uma proteção do Estado ao hipossuficiente, através do protecionismo, na busca do equilíbrio e do respeito ao fundamento do valor social do trabalho. (DELGADO, 2015)

O cumprimento da função social do contrato de trabalho destina-se não só as necessidades primárias do trabalhador e sua família, para tornar-se o lugar de afirmação do *status social*, já que o trabalhador é convidado a vestir a camisa da empresa e defender seu posto de trabalho da concorrência, através de estímulos que levam o trabalhador a busca da satisfação das necessidades de segurança, reconhecimento e afirmação, que variam segundo o equilíbrio individual e a dinâmica do grupo ao qual pertence. (NASSIF, 2006)

Verifica-se, pois, que o trabalho sofreu longas e sensíveis transformações, deixando de ser objeto de desprezo social para ser considerado num dos principais pilares que sustentam o Estado, não mais suportando que o trabalhador não seja valorizado como ser repleto de direitos humanos, notadamente, que haja restrições ao pleno exercício dos direitos sociais.

Para tanto, o capítulo da Ordem Social na Constituição, reflete a importância do trabalho para a pessoa humana e para a justiça social, restando insofismável o papel social da empresa, cabendo ao empregador, propiciar e garantir o acesso ao trabalho de forma digna e igualitária, para estimular os anseios às premissas constitucionais e jurídicas.

2. O TRABALHO INTERMITENTE COMO RESTRIÇÃO AO ACESSO DO DIREITO AO TRABALHO.

A Lei 13.467/17 conhecida como a Reforma Trabalhista, provocou uma série de alterações nos direitos e deveres dos atores envolvidos nas relações trabalhistas, criando uma nova modalidade de trabalho, chamado trabalho intermitente.

A alteração do *caput* do art. 443 da CLT se deu para incluir o trabalho intermitente ou por hora nos contratos de trabalho “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.”

No entanto, o contrato de trabalho intermitente possui natureza formalista, devendo ser celebrado por escrito com o respectivo registro na CTPS do trabalhador, ensejando instrumentos normativos e composto de identificação, assinaturas, domicílio dos sujeitos envolvidos, valor da remuneração paga por hora ou dia de trabalho, a qual não poderá ser inferior ao salário mínimo, com garantias como a do adicional noturno, devendo estar tudo expreso e discriminado no contrato.

Nos moldes prescritos no art. 443 § 3º, da CLT trabalho intermitente é 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”.

As principais características do contrato intermitente é a subordinação, que se configura pela dependência, o prazo indeterminado, e com jornada de trabalho alternada entre períodos de inatividade ou em definição de horas, dias ou meses, estipulados em um contrato escrito. (LIMA, 2017)

BEZERRA LEITE (2017), identifica que a subordinação é o principal elemento pra configurar o trabalhador, afirmando: “..o empregado não é dependente do empregador, e sim, a sua atividade laboral é que fica num estado de sujeição ao poder (diretivo e disciplinar) do empregador, sendo que este critério é, para a maioria dos doutrinadores, o mais relevante para caracterizar a relação empregatícia.”

Nos moldes do art. 452-A da CLT, o contrato de trabalho intermitente deve ser por escrito e com o valor da hora de trabalho expreso, o qual não pode ser inferior ao salário-hora dos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

Contudo, ao se somar as horas trabalhadas pelo intermitente, o valor de seu salário, possivelmente não atinja o salário mínimo ou piso da categoria, estabelecendo-se uma inconstitucionalidade no texto celetista.

Para efetivação deste contrato, o empregador deverá comunicar o empregado com pelo menos 03 (três) dias de antecedência e, recebida a comunicação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder, considerando o silêncio, como recusa. (LIMA, 2017)

A resposta da comunicação, pode ser através de mensagens trocadas via WhatsApp e outros aplicativos, sendo aceitas inclusive como meio de prova em processo judicial. Entretanto, é indicado que esse comunicado seja feito de forma escrita, mediante envio de carta com aviso de recebimento ao endereço do empregado convocado, ou então via e-mail, o que dá maior segurança jurídica às partes caso haja questionamento em uma eventual ação judicial. (FERREIRA, 2019)

Importante esclarecer, que o trabalhador intermitente terá direito a férias proporcionais mais 1/3, 13º salário proporcional, descanso semanal remunerado e adicionais legais, devendo todas essas verbas ser pagas ao final de cada período de prestação de serviço, com o respectivo recibo de pagamento discriminado, de acordo com disposto no artigo 452-A, parágrafos 6º e 7º, da CLT. (FERREIRA, 2019)

Outrossim, o empregador tem a obrigação de efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias e ao FGTS, devendo ainda fornecer ao empregado o comprovante de cumprimento dessas obrigações, como estipula o parágrafo 8º do artigo 452-A da CLT. (FERREIRA, 2019)

Frisa-se, por oportuno, que no tocante às contribuições previdenciárias, insta salientar que o Fisco já decidiu que o cálculo dessas parcelas nos contratos de trabalho intermitente deve incluir os valores das férias e do terço constitucional, conforme divulgado pela Receita Federal por meio da Solução de Consulta Cosit 17, publicada no *Diário Oficial da União* em 21/1/2019. A exceção fica para aqueles casos em que as verbas das férias tenham natureza indenizatória, quais sejam: na hipótese de incidência de multa pela sua não concessão tempestiva ou quando forem pagas de maneira proporcional ao período aquisitivo, esta última na ocorrência de rescisão do contrato de trabalho sem justa causa. (FERREIRA, 2019)

Dessa forma, sob a ótica superficial, o trabalhador intermitente, tem seus direitos garantidos, igualmente ao empregado com o contrato de trabalho indeterminado.

A problemática se instala pela sujeição do trabalhador ao subjetivismo do empregador, que o convoca quando lhe é conveniente, sem qualquer garantia ou previsão que o permita planejar-se economicamente ou socialmente, muito embora, inexistente a previsão de quantidades para recusa por parte do trabalhador, o que é utópico, pois este tem consciência que se recusar reiteradamente, colocará em risco sua “relação” com este empregador, dificultando o acesso a novos trabalhos.

D’Amorim (2018, p.31) explicita sobre esse aspecto negativo do trabalho intermitente:

Observa-se que, apesar de não haver proibição quanto à recusa ao chamado, na prática, os empregados que reiteradamente declinem o serviço acabarão deixando de ser chamados, vez que o empregador dará prioridade àqueles que costumam aceitar o chamado com assiduidade. É importante ressaltar, que a legislação não deixa explícito quantas vezes o trabalhador poderia recusar à oferta de trabalho, deixando uma lacuna não preenchida. Como não há um limite à recusa regulamentado por lei, a sua ocorrência torna o trabalhador ainda mais vulnerável à subjetividade do julgamento do empregador.

No tocante a ausência de garantia de que a soma das horas trabalhadas atinjam o valor do piso mínimo, D’Amorim (2018, p.38) também preleciona:

Neste sentido, observa-se que a legislação é omissa, não estabelecendo qualquer exigência quanto à jornada mínima e, conseqüentemente, não trazendo nenhuma garantia de que ao final do mês, o empregado terá trabalhado uma quantidade de horas suficiente para alcançar o salário mínimo. Tanto é assim, que há a previsão de que o trabalhador deve complementar o recolhimento à previdência social, caso o valor do seu salário não alcance o teto inicial da previdência, que é o salário mínimo. Ora, a CF/88 estabelece que o trabalhador deve receber um salário mínimo, fixado em lei e ainda “capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”. Sob esta perspectiva, a falta de previsão de um número mínimo de horas de trabalho que garantam o atendimento a essas necessidades, não estaria indo de encontro à Constituição?

Desse modo, o contrato de trabalho intermitente pode ensejar diversas desvantagens e violações a direitos garantidos pelo núcleo dos direitos sociais, como remuneração justa, limite de jornada trabalhada, proteção contra a arbitrariedade do empregador e, sobretudo, o

pleno acesso ao direito constitucional do trabalho, de forma digna e igualitária, configurando-se um retrocesso social.

Melo (2010, p. 65), define o princípio da vedação ao retrocesso social:

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Assim, a vedação ao retrocesso social encontra-se umbilicalmente ligada ao pensamento do núcleo constitucional de que as ações do Estado à sociedade com intuito de proporcionar maior alcance aos direitos fundamentais trabalhistas conquistados, não podendo ser reduzidos ou restringidos, menosprezando os avanços na proteção de garantias mínimas ao trabalhador. A inserção do trabalho intermitente e a flexibilização de algumas premissas e direitos desses trabalhadores aponta um retrocesso das garantias arduamente adquiridas ao longo da história, conforme posicionamento de Canotilho (2006, p. 176):

Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social (ex. Consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações – retornando sobre seus passos; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido.

O trabalho intermitente, implica na restrição do acesso ao trabalho, aguçando o subdesemprego, vez que, ao invés de garantir e perpetuar o exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores, limita-se a alteração de períodos de produtividade e de inatividade, gerando instabilidade e vulnerabilidade ao trabalhador, que não possui a garantia da continuidade de trabalho e dos meios para a busca de sua subsistência.

Assim, o contrato intermitente, criado, a princípio para conter os altos índices de desemprego e abrir novas oportunidades de trabalho, acarreta sobremaneira, a violação de elementos constitucionais, notadamente, de direitos sociais, como o acesso ao trabalho e pleno emprego, pontuando mais poder nas mãos do empregador, o que culmina, na violação da

função social do contrato, haja vista, o desequilíbrio entre as partes, provocado pelo retrocesso à efetividade de direitos constitucionais.

Outrossim, criou-se um cenário prejudicial ao trabalhador, invertendo a lógica do princípio do protecionismo adotado pelo diploma celetista, elevando teoricamente, o trabalhador ao mesmo patamar do empregador, muito embora, na realidade, aquele, continuasse na condição de hipossuficiente, por ter apenas a sua força de trabalho para oferecer, em comparação com poder econômico do empregador, obstaculizando as oportunidades de trabalho do sujeito mais vulnerável dessa relação jurídica.

Em comprovação à restrição do acesso ao trabalho, as estatísticas do IBGE, expressadas pouco mais de um ano após a promulgação da Lei 13.467/17, retratam que o número de desempregados no país subiu 2,6% em relação ao último trimestre, chegando ao culme de 12% de pessoas fora do mercado de trabalho traduzindo em média de 12,7 milhões de pessoas desempregadas. (*in* <https://www.observatorio.3setor.org.br> acessado em 29/5/2019)

No mesmo sentido, verifica-se que a informalidade cresceu no Brasil. Em 2017, o país tinha 37,3 milhões de pessoas trabalhando sem carteira assinada, o que significa 1,7 milhão a mais do que em 2016, quando 35,6 milhões trabalhadores estavam nesta situação. Os dados foram divulgados em maio/2018 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) e têm como base informações da Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios). O total de trabalhadores informais em 2017 representa 40,8% de toda a população ocupada (que exerce alguma atividade remunerada) no país, de acordo com o IBGE. (*in* <https://www.economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias> acessado em 29/5/2019)

À guisa de ilustração, insta destacar o posicionamento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que colocou o Brasil (em maio de 2018) na lista dos 24 casos que violam as suas convenções trabalhistas no mundo. Segundo a entidade, a reforma trabalhista viola convenções internacionais, inobstante, ser o Brasil signatário de 80 convenções da OIT. (<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acessado em 21/5/2019)

Neste prisma, denota-se que ao contrário do almejado pela Reforma Trabalhista, as alterações no diploma celetista, mormente, no tocante ao trabalho intermitente, não implicaram

em novos postos de emprego e acesso ao trabalho, nos moldes prometido, pelo contrário, reduziu o acesso ao trabalho formal, fomentando a informalidade, que reduz o ganho do trabalhador, agravado pela violação de direitos fundamentais do empregado, nos termos explicitados supra, obstaculizando, pois, o pleno acesso e amplo exercício ao direito constitucional do trabalho de forma digna.

Ademais, o trabalhador intermitente, pela própria natureza de seu trabalho, não cria vínculos, culminando uma falta de compromisso empresarial.

Percebe-se, assim, que, a criação da modalidade do trabalho intermitente, não alcançou os objetivos formais de maior acesso ao direito constitucional ao trabalho, mas reduziu a possibilidade do pleno exercício deste direito social, aguçado pela restrição de diversos outros direitos fundamentais àqueles que se submetem a esta modalidade, considerando a limitação de opção de escolha, haja vista, a limitada ação do Estado em propiciar aos cidadãos o pleno exercício do direito ao trabalho de forma digna, garantindo, desse modo, a almejada justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modalidade de contrato de trabalho intermitente criado pela Lei 13467/17 foi moldado com intuito de facilitar as contratações dos trabalhadores, informalizando parcialmente a prática, assim como, com objetivo de aumentar o acesso ao trabalho, aos empregados, os quais, supostamente, teriam mais autonomia, possibilidades de trabalhos diversos simultaneamente, jornada flexível, por conseguinte, maior acesso ao direito ao trabalho.

No entanto, a experiência empírica tem refletido um cenário antagônico, no qual, o acesso ao trabalho e pleno emprego refreou, restringindo aguçadamente as possibilidades de prestação de serviços, e busca de mecanismos para arcar com sua subsistência.

Como se não bastasse, àqueles que logram firmar o trabalho intermitente com o empregador, submetem-se às necessidades e comandos estipulados pelo último, notadamente, pela inexistência de proteção legal contra as arbitrariedades do empregador, somadas ao necessário aceite do empregado à violação e restrição de diversos direitos fundamentais, como remuneração inferior ao mínimo constitucional, flexibilização de jornada hodiernamente não vantajosa ao trabalhador, incerteza do momento em que possuirá trabalho e meios para arcar com seu sustento, instabilidade financeira, econômica e social.

Assim, inobstante a previsão constitucional de que a ordem econômica tenha como mote o desenvolvimento social do trabalho e a livre iniciativa, jamais deve-se desfocar o objetivo nuclear da valorização dos direitos fundamentais do trabalhador, notadamente, dos direitos sociais como acesso ao trabalho.

Desse modo, a empresa valorizada na sociedade não pode primar somente pela questão econômica do lucro, e sim, ater-se ao comportamento ético, e ao tratamento igualitário e com primor à dignidade de seus trabalhadores, e de sua função social, com plena garantia de todos os direitos, propiciando, desse modo, o cumprimento dos objetivos constitucionais de criar uma sociedade livre, justa(igualitária) e solidária (fraterna).

Com efeito, denota-se que uma modalidade de trabalho criada pela Reforma Trabalhista a fim de, supostamente, facilitar e fomentar o acesso ao direito constitucional ao trabalho, tem ensejado efeito no sentido oposto, culminando em uma série de violações de direitos constitucionais do trabalhador e menosprezo pelos princípios e premissas anteriormente, respeitadas na seara trabalhista, propiciando, ao invés de um avanço, um aguçado retrocesso social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA:

- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOBBIO, Norberto, **A Era dos Direitos**. SP: Editora campus, 2004
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros, 2014
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- D'AMORIM, Mariana Correia. **O Contrato de Trabalho Intermitente**. Salvador, 2018.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. LTr, 2015
- FERREIRA, Vinicius Souza. **Trabalho Intermitente e Reforma Trabalhista**. DOI: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-02> . Acesso em 29/5/2019
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005
- LIMA Francisco Meton e outro. **Reforma Trabalhista. Entenda Ponto a Ponto**. São Paulo: LTr, 2017
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2016
- MELO, Geraldo Magelo. **A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho**. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74, jul./dez.2010.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 1998
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso do Direito do Trabalho**, São Paulo: Saraiva, 2013
- NASSIF, Elaine. **Burnout, mobbing e outros males do stress: aspectos jurídicos e psicológicos**. Revista LTr. 70-06. São Paulo. 2006

NIETZSCHE, F. **Humano Demasiado Humano**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 37

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, rev. ampliada e atualizada**. São Paulo: Saraiva, 2018

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio Moral no Âmbito da Empresa**, SP: LTr, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

VALE, André Rufino. **Constituição e Direito Privado. Algumas Considerações sobre a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Revista do Direito Público n. 06 – out., nov. e dez/2004.

WEBGRAFIA GERAL

OIT. Site oficial. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 21/5/2019.

OBSERVATÓRIO 3 SETOR<<http://www.observatorio.3setor.org.br>>. Acesso em 29/05/2019.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Site oficial. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 21/5/2019.

UOL. Site oficial. Disponível em: <<http://www.economia.uol.com.br>>. Acesso em 29/05/2019.