

O contrato de trabalho em tempos de pandemia com vistas ao desenvolvimento econômico sustentável

Veronica Lagassi^a

Resumo

A partir do referencial teórico dos direitos laborais constitucionalmente previstos, buscou-se analisar as principais regulações acerca do Direito do Trabalho das duas últimas décadas, verificando se eles são compatíveis ao estado de crise econômica imposto pela pandemia da covid-19 de modo a possibilitar a efetivação da diretriz constitucional de obtenção do desenvolvimento econômico sustentável.

Palavras-chaves: Trabalhador. Empregador. Crise econômica. Covid-19.

1 Introdução

É pacífico o entendimento de que a Constituição Federal de 1988 garante a todo e qualquer trabalhador o recebimento dos seguintes direitos laborais: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; recebimento de salário mínimo, fixado em lei e nacionalmente unificado, ou ainda, em sua substituição o recebimento de piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; a garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável, daí a necessidade de estabelecimento do salário mínimo além de um piso; o décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei a depender do caso; o recebimento de salário-família para os seus dependentes, que deve ser pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; a duração do trabalho normal não superior

^a Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC Educacional, Rio de Janeiro, RJ.

a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; a concessão de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; a concessão de licença-paternidade, nos termos fixados em lei; a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; o pagamento de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; a aposentadoria; a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; a proteção em face da automação, na forma da lei; o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; a ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, desde que devidamente observados os prazos prescricionais; a ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz; a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, ressalvando-se tão somente a diferenciação da aplicação e exercício desses direitos em relação ao empregado doméstico.

O fato é que será no texto constitucional que teremos as diretrizes impostas à regulação do Direito do Trabalho no âmbito nacional. Desta feita, a partir do referencial teórico imposto pela Constituição de 1988 e suas Emendas, o presente trabalho visa analisar as principais mudanças ocorridas nas últimas décadas no tocante ao Direito do Trabalho para em momento seguinte, contrapô-las a crise instaurada no país por força da pandemia de covid-19. Para tanto, far-se-á uso da legislação em vigor, doutrina em contraposição à análise de julgados, buscando demonstrar a necessidade de instituição reequilíbrio na relação contratual existente entre as partes com vistas à efetivação do desenvolvimento econômico sustentável. Pois, do contrário “empreender no Brasil” será algo passível de extinção.

2 As Principais Mudanças no Direito do Trabalho das Últimas Décadas

Até os idos de 2005 a disciplina do Direito do Trabalho fazia uma clássica divisão a respeito da relação de trabalho, ela se dividia em relação de emprego e relação de trabalho, e a análise do caso concreto servia para identificar sobre qual relação se tratava e por conseguinte, se a responsabilidade de judicialização se daria pela via da Justiça do Trabalho ou não. Todavia, tal situação mudou a partir da edição da Emenda Constitucional de nº 45/2004 que tornou ambas as relações objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho. O que na prática desencadeou a competência da Justiça do Trabalho para analisar e julgar demandas que envolvessem qualquer relação de trabalho e não mais especificamente as relações de emprego e por conseguinte, não mais apenas as relações amparadas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim, a mudança trouxe como implicação a competência para a Justiça do Trabalho analisar e julgar temas como dano moral, acidente de trabalho e até mesmo cláusulas relativas a contratos de prestação de serviços.

Desta feita, apesar de a classificação de relação de emprego versus relação de trabalho não fazer mais sentido para a delimitação da competência, ela ainda é utilizada para incidência ou não da CLT. Portanto, permanece importante compreender a distinção entre essas relações justamente em virtude dos efeitos e implicações legais que elas provocam. Assim, a relação de emprego será caracterizada como tal quando presentes os seguintes requisitos: subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade. Ou seja, o “SHOP” sigla criada a partir da junção das primeiras letras de cada um dos requisitos. Será subordinado o trabalho realizado por um indivíduo sob a fiscalização e direcionamento do outro. O que pode se dar mediante a imposição de horário de trabalho,

da determinação da forma como esse trabalho ocorrerá, entre outros. Pois, o que importa aqui é verificar que o desempenho do trabalho pelo indivíduo é limitado a determinadas regras ou ao estabelecimento de condições. Mas, não basta existir a subordinação para que seja concluído que estamos diante de uma relação de emprego e não de trabalho, é preciso que estejam também presentes os demais requisitos. Desta forma, a habitualidade vai existir a partir do momento em que existe constância na prestação daquele dado trabalho. O que pode se caracterizar por ele ser prestado sempre naquele mesmo dia e horário, por exemplo. Já o requisito da onerosidade advém da própria natureza “sinalagmática” do contrato de trabalho. Isto é, gera direito e obrigações para ambas as partes. Donde se conclui, que uma parte faz o trabalho e a outra a remunera por ele. E por fim, temos o divisor de águas que é a pessoalidade. Pois, é normalmente esse requisito que torna mais fácil a identificação de uma relação de emprego e não de trabalho, visto que aquele dado empregador deseja tão somente que o trabalho seja desempenhado exclusivamente por um dado indivíduo. Fato que impossibilita que esse último possa se fazer substituir por terceiros no desempenho do referido trabalho. É da análise da existência ou não de todos esses requisitos num caso concreto que identificamos quando um indivíduo é empregado ou não. Isto é, quando se trata de uma relação de emprego ou de trabalho, se estamos diante de uma diarista ou de uma empregada doméstica, por exemplo, e por conseguinte, se há aplicação ou não da CLT.

Uma vez superada a compreensão do impacto da EC nº 45/2004 na regulação do Direito Laboral que ampliou substancialmente o campo de atuação da Justiça do Trabalho e incumbiu ao juiz do trabalho a difícil tarefa de análise e arbitramento de indenização por dano moral, passemos agora para a segunda mudança extremamente relevante que foi a Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, que alterou a regulação do aviso prévio na CLT.

O aviso prévio é um direito constitucionalmente garantido ao trabalhador, previsto no art. 7º, inciso XXI da CRFB/88 e regulado na CLT a partir do art. 487. Ele representa o direito de o trabalhador ser comunicado antecipadamente a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador, a fim de que o empregado tenha tempo de antes do rompimento do vínculo buscar uma nova recolocação no mercado de trabalho. Ocorre que a mudança produzida no referido instituto a partir da Lei supra passou a atribuir ao trabalhador celetista, para fins de remuneração nesse período, para cada um ano trabalhado o acréscimo de três dias de aviso prévio com limite máximo de 60 dias acrescido ao prazo convencional de 30 dias. Assim, a partir da referida Lei o trabalhador deixou de ter tão somente trinta dias de aviso prévio e sim, trinta dias acrescidos de três

dias por cada ano que possua de trabalho prestado para aquele empregador:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa. (grifo nosso)

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Ressalte-se que a ampliação do tempo e de remuneração do aviso prévio apenas foi majorada em proveito do empregado e em prejuízo do empregador. Esse último, que caso seja noticiado por seu empregado sobre o desejo de rescindir o contrato de trabalho apenas poderá exigir que esse cumpra o prazo de trinta dias de aviso, independentemente dos anos que o seu empregado tenha trabalhado. O que não nos parece razoável já que quanto mais antigo for o empregado possivelmente maior será a sua imprescindibilidade ao empregador que míseros 30 dias é insuficiente muitas vezes para atenuar mediante a contratação ou treinamento de outro. Por outro lado, o tempo do aviso e sua projeção é computado em prol do empregado para todos os fins.

Uma vez superada essas duas consideráveis mudanças no Direito do Trabalho, passemos agora para as duas últimas regulações que impactaram a regulação do trabalho nas últimas décadas. São elas: A Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, também conhecida como a “Lei da Terceirização”; e a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, comumente conhecida como “Reforma Trabalhista” já que derogou uma série de dispositivos até então vigente na Consolidação das Leis do Trabalho e nas Leis nº 6.019/1974, Lei nº 8.036/1990 e na Lei nº 8212/1991. Em respeito a ordem cronológica e didática, passemos então a tratar da primeira.

Até os idos de 2017 e, portanto, antes do advento da supracitada Lei de Terceirização o que tínhamos consolidado na doutrina orientada pela jurisprudência era o entendimento de vedação da terceirização da atividade-fim de uma empresa e que na jurisprudência terminou por dar ensejo a criação da Súmula nº 331 do TST, a saber:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho

temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Assim, conforme podemos perceber a Justiça do Trabalho buscou regular o tema não só impossibilitando a terceirização da atividade-fim, mas também imputando ao tomador do serviço a responsabilidade subsidiária no tocante ao pagamento das verbas laborais. O que, na prática, gerava o efeito de que o tomador teria que efetuar o pagamento de tais verbas laborais caso o empregador (terceirizador) não o fizesse e ainda que o tomador já o houvesse remunerado por isso, cabendo tão somente ação de regresso contra o primeiro. Todavia, com o advento da Lei de Terceirização, nº 13.429/2017, tivemos uma verdadeira revolução ou mudança de paradigma em relação à terceirização posto que a referida Lei passou a admitir a terceirização da atividade-fim até então vedada via construção jurisprudencial acima transcrita. Além disso, a referida Lei gerou um impacto direto nas contratações desse tipo posto que manteve o entendimento jurisprudencial no sentido de responsabilizar subsidiariamente o tomador sempre que o empregador (terceirizador) não cumprir com a obrigação de pagamento das verbas laborais e contribuições sociais, bem como regulou a hipótese de responsabilidade solidária do tomador no caso de falência do empregador (terceirizador) no que tange ao pagamento das verbas laborais e de contribuições sociais, nos termos do art. 16, da Lei

nº 6.019/1974.

E para encerrar esse capítulo, devemos destacar as principais alterações advindas da Lei nº 13.467/2017. Essa Lei representou uma verdadeira “reforma na legislação do trabalho” posto que alterou, criou ou regulamentou uma série de institutos como, por exemplo, o fim da contribuição sindical obrigatória, a prevalência do negociado sobre o legislado, o teletrabalho, a limitação para fixação do dano moral, home office, o trabalho intermitente, a condenação nos honorários sucumbenciais, entre outros. Assim, como presente trabalho não é sobre essa reforma, mas está voltado as principais mudanças que deveriam propiciar o câmbio de paradigmas no Direito e na Justiça do Trabalho, iremos destacar na referida reforma tais dispositivos. São eles:

2.1 O Fim da Contribuição Sindical Compulsória e a Prevalência do Negociado Sobre o Legislado

O advento e entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 trouxe consigo como item talvez de maior importância o de extinção da compulsoriedade de cobrança da contribuição sindical, imposta desde o Governo de Getúlio Vargas e que representava o ranço de um governo ditatorial. Porém, mais importante do que o fim da obrigatoriedade da cobrança da contribuição sindical seria sem dúvida pôr-se termo ao Princípio da Unicidade Sindical que permanece presente, impossibilitando que o trabalhador tenha a possibilidade de escolher em qual sindicato daquela dada categoria deseja se filiar posto que a esse só é lhe dado uma única opção de entidade.

Além disso, a reforma também trouxe como diretriz a imposição de que a negociação/acordo entre as partes deve prevalecer sobre os dispositivos legais acerca do tema. A grande questão que se coloca é quando a negociação parte diretamente de acordo particular entre as partes, empregador e empregado. Pois, apesar de a reforma referendar tal prática as diretrizes impostas pela prática costumeira e até então legal de interposição do sindicato, torna tal regulação dúbia e por enquanto, cheia de incertezas. As quais somente poderão ser danadas ou analisadas após uma gama de decisões judiciais a esse respeito.

2.2 Imposições de Limitações ao Negociado

A partir da possibilidade de negociação das alterações e condições de trabalho legalmente estabelecidas por aquelas negociadas via sindicatos, patronal e de empregados, ou via sindicato e empregador, a jornada, período de descanso e férias

podem ser impactadas quando da regulação de convenções coletivas ou acordo de trabalho. No entanto, a reforma ao possibilitar tais alterações trouxe também limitações a serem observadas quando feitas. São elas:

- a) **Jornada de Trabalho:** Apesar de poderem ser negociadas entre o trabalhador e empregador, ela deve respeitar a diretriz constitucional ao sendo-lhe vedado ultrapassar os 44h semanais. Além disso, a jornada de 12h por dia só poderá ocorrer respeitando o período de 36h de descanso.
- b) **Banco de horas:** Corresponde a possibilidade desde que convencionada entre as partes envolvidas de o empregador compensar a jornada extraordinária de um dia com a redução em outro, reduzindo-lhe, por conseguinte, os custos. Já que as horas extras exigem o pagamento do salário-hora com acréscimo de 50% e se projetam para todos os fins nas verbas laborais. O que encarece e quando não inviabiliza novas contratações e a geração de empregos. Com a reforma promovida pela Lei nº 13.467/2017, permanece facultado ao empregador instituir o “banco de horas”, porém a compensação deve ser feita em até seis meses sob pena do pagamento e por conseguinte, projeção das horas extras como descrito acima.
- c) **Descanso:** O intervalo durante a Jornada de Trabalho poderá ser negociado, mas deve-se respeitar o mínimo de 30 minutos para jornadas superiores à 6h diárias.
- d) **Feriados:** As partes poderão alterar por via dos Acordos Coletivos e Convenções a troca do dia de feriado que não precisarão ser incorporadas ao contrato de trabalho. Os envolvidos poderão dispor livremente sobre os prazos de validade dos acordos e convenções coletivas, e sobre a manutenção ou não dos direitos ali previstos. Ademais, caso expire os períodos de vigência, novas negociações poderão ser realizadas.
- e) **Férias:** Passou-se a admitir que elas fossem fracionadas em até três períodos. No entanto, impôs-se a regra de que nenhum período poderá ter menos que cinco dias corridos e pelo menos um deverá ser maior que 14 dias corridos e, além disso, as férias não poderão começar dois dias antes de um feriado ou fim de semana.

2.3 Reformulação das Condições da Jornada de Trabalho por Tempo Parcial

Até o advento da Lei nº 13.467/2017, a jornada de trabalho por tempo parcial era de 25h semanais, no máximo, e não admitia horas-extras. Atualmente, a jornada passou a ser de até 30h semanais sem admissão de horas- extras ou de no máximo 26h

semanais, porém com admissão de até 6h extras.

2.3.1 Transporte

A partir da reforma deixou de ser computada na jornada de trabalho o tempo de deslocamento do empregado até o local de trabalho quando o empregador ao fornecer transporte ao empregado.

2.3.2 Trabalho Intermitente

Esse instituto representa uma nova modalidade de duração do contrato de trabalho, o qual pode agora ser estipulado por prazo determinado, indeterminado e intermitente. O contrato de trabalho intermitente, está disposto no § 3º do artigo 443 da CLT, a saber:

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

(...)

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

Além da sua previsão, a CLT também padroniza as condições do trabalho intermitente por intermédio do art. 452-A da CLT:

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

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

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

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

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

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

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

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional

IV - repouso semanal remunerado;

V - adicionais legais.

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

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

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

Conforme podemos constatar da transcrição do texto legal, deve-se firmar um contrato de trabalho intermitente onde deve ser especificado o valor da hora de trabalho. O valor pago por hora de trabalho não pode ser inferior ao valor horário do salário-mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. O trabalhador receberá apenas pelas horas trabalhadas e deverá ser contatado com no mínimo 3 dias corridos de antecedência. Pelo trabalho executado, ele deve receber férias, FGTS, previdência e 13º salário proporcionais.

2.3.3 Home Office

Apesar de não ser novidade de cunho fático, mas tão somente legal porque antes mesmo de sua regulamentação essa modalidade de desempenho laboral já era recorrente no mundo da moda. O fato é que o home office ou trabalho em casa passou a ser regulamentado na CLT e posteriormente, extremamente popularizado a partir da pandemia de covid-19. A pandemia de covid-19 tornou essa modalidade de trabalho imprescindível para a manutenção dos empregos e ao exercício da atividade econômica.

Sua definição legal encontra-se no art.75-B da CLT, a saber:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de

tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Notadamente, o principal desafio que essa forma de desenvolvimento do trabalho impõe é o de controle ou subordinação por parte do empregador, ao mesmo tempo em que impõe perdas ou maior racionalidade no desempenho do tempo de trabalho por parte do empregado ante ao risco de desleixo ou num outro giro de excesso de trabalho. Muito embora, os dispositivos dos arts. 75- D e 75-E, ambos da CLT, façam alusão ao tema. O que retornaremos mais adiante no capítulo 3.

2.3.4 Terceirização

Retomamos, mais uma vez, o tema porque a Lei nº 13.467/2017 incluiu na Lei da Terceirização anteriormente citada a imposição na qual não poderá se demitir e recontratar um colaborador que tenha menos de 18 meses de trabalho, bem como deverá o empregador também garantir a equidade de direitos ao trabalhador terceirizado, ou seja, ele terá as mesmas condições de trabalho que os trabalhadores efetivos, como, atendimento, alimentação, ambulatório, segurança, transporte, capacitação e qualidade de equipamentos.

2.3.5 Empregada Grávida

Era proibido que empregadas em estado gravídico trabalhassem em locais insalubres. No entanto, a CLT passou a prever níveis de insalubridade e a admitir que a empregada grávida permaneça a trabalhar desde que mediante liberação médica atestando a inoccorrência de risco à sua saúde e do feto. Caso a insalubridade seja considerada de grau máximo, a empregada em estado gravídico deverá ser transferida para outra função em local salubre e se isso não for possível, ela terá sua gravidez considerada como de risco, devendo ser afastada do trabalho e ensejará a percepção de salário-maternidade durante todo período de afastamento. Nesse aspecto asseveramos que o período de 120 dias de licença maternidade permanece na previsão legal e não pode sofrer nenhuma alteração, mesmo via Acordo Coletivo e Convenção Sindical.

Por fim, ainda nesse tocante, convém lembrar que recentemente tivemos a introdução da Lei nº 14.151/2021 que determina que o trabalho da empregada gestante

seja desempenhado preferencialmente em home office, ao mesmo tempo em que acarreta novos impasses, como é o caso de quem ficará responsável pelo custeio desse afastamento quando o trabalho a ser desempenhado foi incompatível ao exercício em casa. Faremos considerações desse ponto no capítulo 3.

2.3.6 Demissão

Antes da reforma existiam duas vias para a dissolução do contrato de trabalho, se requerida pelo empregador o empregado celetista teria direito a liberação do seu FGTS acrescida de indenização equivalente à 40% do valor existente a esse título. Ao passo que se o pedido de dissolução fosse oriundo do trabalhador, ele ficava impossibilitado de levantar o FGTS e não teria direito ao recebimento da multa supra. Fato que muitas vezes acarretava, na prática, a fraude de o trabalhador acordar com o empregador a simulação da demissão para que pudesse levantar o seu FGTS. Possivelmente, para combater tais fraudes foi criada a hipótese legal de dissolução compartilhada na qual empregado e empregador estão de acordo em romper o vínculo, mediante a inserção do art. 484-A na CLT:

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

- a) o aviso prévio, se indenizado;
- b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Assim, conforme pode ser observado no caso da dissolução convencionada entre empregado e empregador o primeiro para a ter direito ao recebimento de 50% do aviso prévio, se indenizado, ao pagamento da importância equivalente à 20% do valor existente de FGTS a título de indenização, ao invés de 40%; bem como a levantar 80% do valor que tiver de FGTS; e, além disso, não terá direito ao benefício do seguro-desemprego.

Esse último, que nos parece um incentivo a continuidade das fraudes. Tema que também retornaremos adiante.

3 O Contrato de Trabalho: formas de contratação

O contrato de trabalho é o instrumento que materializa a relação de emprego, dele são partes empregador e empregado. Cada qual devendo observar seus direitos e obrigações. Tal contrato pode ser verbal ou por escrito. Além disso, ele terá por prazo de duração o indeterminado, determinado e o intermitente. Será da modalidade de duração convencionada pelas partes que serão identificadas as espécies ou modalidades de contrato de trabalho, a saber:

a) Contrato por prazo determinado: É aquele que estabelece início e fim da relação, nos termos do art. 443, § 1º da CLT, não podendo em hipótese alguma exceder a 2 anos e no caso do contrato de expediência ao limite de 90 dias. Ele pode se classificar: a.1) Contrato por obra certa (Lei nº 2.959/1958); a.2) Contrato de safra (art. 14, § ú, da Lei nº 5.889/1973); a.3) Contrato de experiência (art. 443, § 2º, da CLT); a.4) Contrato a prazo certo (art. 443, § 1º da CLT); a.5) Contrato do técnico estrangeiro (Decreto nº 691/1969); a.6) Contrato de atleta profissional (Lei nº 9615/1998 e alterações); a.7) Contrato de artistas (Lei nº 6.533/1978); e por fim, a.8) Contrato de aprendizagem (art. 428 a 433 da CLT).

Embora possuam regulações distintas, a principal característica do contrato por prazo de terminado é de justamente existir um termo para a sua conclusão, cuja condição pode variar caso-a-caso, mas que impõe ao empregado a redução dos direitos laborais no tocante as verbas rescisórias.

Assim, por exemplo, o contrato de experiência como modalidade dessa espécie impõe um prazo máximo de 90 dias que podem ser convencionados num único período ou em até dois, desde que não ultrapassem o prazo estabelecido de 90 dias. Do contrário, o contrato convalida-se transformando-se em contrato por prazo indeterminado e gerando todas as implicações jurídicas possíveis. A CLT traz nas alíneas do § 2º do art. 443 de forma resumida as formas válidas em que se enquadram os contratos de trabalho por prazo determinado, a saber:

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

(...)

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:
a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do

- prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

A depender da espécie de contrato por prazo determinado, o trabalhador não terá qualquer verba trabalhista a receber quando do momento de sua dissolução. Assim, por exemplo, se o contrato em comento por prazo determinado for o de experiência, ele apenas irá conferir ao empregado no caso de dispensa antes do término do prazo o pagamento do aviso prévio, se contiver cláusula assecuratória de rescisão antecipada; bem como o pagamento pela metade do somatório dos salários correspondentes ao restante do contrato, nos termos dos artigos 479 e 481 da CLT. Isso porque o empregado já possuía um termo para o término do contrato de trabalho desde o início da contratação, diferentemente ao que ocorre no contrato por prazo indeterminado.

b) Contrato por prazo indeterminado: Tem como característica a inexistência de qualquer previsão legal ou contratual para seu termo. Assim, por inexistir uma data específica prevista para encerramento do vínculo, cabe a parte de sofreu com a notícia da rescisão uma reparação. No caso do trabalhador essa reparação se dará com as verbas laborais ou rescisórias; e no caso do empregador, elas correspondem a imputação e cobrança de determinados dispositivos.

Assim, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado cabe ao empregador receber: o saldo de salário; férias vencias e proporcionais, caso existam; liberação do FGTS e a indenização equivalente à 40%; 13º salário ou eventualmente proporcional; repouso semanal remunerado; aviso prévio; multa equivalente a um salário e pagamento de horas extras e sua projeção, se houver.

c) Contrato de trabalho intermitente: Esse contrato conforme vimos anteriormente tem como característica a ausência de constância ou de continuidade. Por tal motivo, ao final de cada período de trabalho prestado o trabalhador fará jus ao pagamento das seguintes parcelas: remuneração contratada; férias proporcionais com acréscimo de um terço; décimo terceiro salário proporcional; repouso semanal remunerado; e adicionais legais.

Assim, conforme podemos concluir a depender da espécie de trabalho convencionado entre as partes o trabalhador fará jus a todos ou alguns benefícios, observado ainda a modalidade de rescisão.

Agora, a partir da compreensão dos contratos e das principais mudanças acerca dos direitos laborais passar-se-á a abordar os desafios impostos a

continuidade e manutenção do trabalho pela covid-19.

4 Os Desafios à Manutenção e Continuidade do Trabalho em Tempos de Covid: o que cada sujeito do contrato de trabalho, bem como o próprio poder judiciário precisam compreender.

Conforme possivelmente se percebeu desde a introdução viemos trazendo a noção acerca dos direitos constitucionalmente garantidos ao trabalhador urbano e rural, bem como as mudanças trazidas nesse cenário a partir do advento das principais regulações acerca do Direito do Trabalho das últimas décadas.

O fato é que muito embora o Direito do Trabalho deve ser um ramo originalmente pertencente ao direito privado, a parca educação de nossos trabalhadores agregada de uma visão conotativa extremamente simpatizante da ideologia Marxista em nada contribui para a sua evolução. Pois, além de o trabalhador em muitos dos casos encontrar-se em desvantagem por não saber “barganhar”, temos ainda aqueles que não possuem menor condição de fazê-lo ante a crença de que o empregador é o “câncer” da sociedade. Ignora-se por completo que toda e qualquer cadeia produtiva necessita desse agente econômico como seu orquestrador.

É duro admitir, mas aqui no Brasil temos por um lado o Estado que busca a imputação de tributos, encargos e fiscalização, cada vez mais sobretaxar ao empresário como forma de eximir-se de sua função. Noutro giro, temos o trabalhador num estado de eterna insatisfação que exaspera a simples expectativa de que o homem seria um ser insaciável e por conseguinte, inconstante. Tal insatisfação advém em muito da crença que lhe foi imbuída de forma paulatina de que o empregador é um mero agente explorador de sua mão-de-obra. Fato que mantém uma eterna situação de conflito e que em nada contribui para o desenvolvimento do país.

E a partir da constituição de um ambiente de produção movido paulatinamente por uma zona de atrito (empregador e empregado), temos como combustível o Direito do Trabalho. Acaso o referido direito fosse analisado de forma imparcial, aplicando-se seus dispositivos, mas atenuando-lhes quando necessário ante a plausível aplicação da teoria da imprevisão, prevista no Código Civil – que é aplicável ao caso por subsidiariedade – certamente os atritos reduziriam. Porém, ao contrário temos a própria Justiça do Trabalho através de seus magistrados impondo ao empregador encargos superiores ao que poderia suportar. Um grande exemplo disso, foi a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho que pedia a recontração de 112 empregados, demitidos sem justa causa, no período inicial da pandemia por sua empregadora popularmente

conhecida por seu nome fantasia “Fogo de Chão”. Em linhas gerais, a empregadora prevendo a possibilidade de agravamento da crise e sua impossibilidade de arcar com o pagamento dos salários de todos os seus empregados, os dispensou sem justa causa com o intento muito possivelmente de garantir-lhes a remuneração via seguro-desemprego e na mesma via minorar seus riscos de endividamento.

No entanto, num ato totalmente arbitrário que ignorou por completo o fundamento da livre iniciativa o doutro juízo monocrático da 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro sentenciou a empregadora a reintegrar todos os seus empregados, condenando-a ainda ao pagamento da importância de 17 milhões a título de indenização por dano moral coletivo. Assim tal decisão não só inviabilizou a redução de prejuízos por parte do empregador assim como também lhe impôs um ônus que em nada se coaduna com o caráter pedagógico e sancionatório normalmente imposto pela condenação a indenização por dano moral. A imputação desse tipo de pena representa um desestímulo ao empreendedorismo nacional.

É importante esclarecer que não se trata aqui de uma defesa ou de um “discurso pró empregador”, mas de simplesmente de se exigir certa racionalidade que deve estar presente em qualquer segmento do direito, inclusive no do Trabalho. Isso porque, esse tipo de decisão provoca a manutenção de um desequilíbrio que se deu via ocorrência de um caso de força maior que foi a pandemia da covid-19. Situação essa, que no caso do Estado do Rio de Janeiro acarretou a determinação de fechamento de bares e restaurantes por meses. E ainda que parcialmente acertado o raciocínio da magistrada ao entender que o trabalhador é uma vítima, não podemos olvidar de que a sociedade empresária o é também. Não se trata aqui de algo afeito ao risco do negócio e que se impõe a responsabilização de seu agente, mas de um acontecimento externo que impôs a paralisação das atividades econômicas por parte do empregador que por óbvio não terá recursos para arcar com a manutenção de contratos de trabalho sem a devida existência de sua contraprestação. Pois, é dela que vem a fonte de riqueza desse empregador. Ele necessita tanto do funcionamento da empresa como seus empregados. Logo, não é razoável a transferência de uma responsabilidade social para um particular, ainda que seja esse um empresário. Necessário se faz a sua diluição.

Nesse mesmo sentido, é necessário tecermos críticas as regulações outrora em comento acerca da empregada grávida, da instituição do banco de horas, das férias e das disposições acerca da demissão. Quanto ao tema empregada grávida a crítica é similar a feita acima, no sentido de que não foi razoável que o legislador impusesse o ônus de pagamento do salário para a empregada em estado gravídico ao empregador. Esse

último, que muito possivelmente a depender da peculiaridade do trabalho desempenhado pela empregada gestante afastada terá de contratar um terceiro. Fato que vai onerar ainda mais as despesas desse empregador e pode possivelmente não compensar. O que fatalmente fará com que encerre suas atividades, deixando muitos outros trabalhadores sem emprego ou ainda, que pode gerar a precarização da prestação de seu serviço ou de sua produção em detrimento da coletividade. Portanto, tanto num caso como no outro, é a sociedade que ao final sairá perdendo. A melhor solução encontrada tanto para o caso da empregada grávida cuja função não se adequa ao home office, bem como no caso das dispensas decorrentes da pandemia é a parceria governamental. É o Estado tomar para si tal responsabilidade, ao invés de sobrecarregar o particular imputando-lhe encargos além daqueles anteriormente esperados quando do início do exercício da atividade empresarial. Nesse sentido, devemos recordar que até certo momento isso foi feito mediante a edição da Medida Provisória nº 936, de 01 de abril de 2020, posteriormente convertida na Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020.

De idêntico modo, entendemos razoável e aceitável que aqueles empregadores que tiveram suas atividades econômicas por meses paralisadas, via decretos estaduais ou municipais, mas que permaneceram custeando ao longo de todo esse período o salário de seus empregados possam compensar esses pagamentos a partir da instituição do banco de horas e até mesmo do estabelecimento de férias. Essas últimas, ainda que não vencidos ou completos os períodos concessivos posto que seria uma forma de compensação e minoração dos prejuízos. Mas, ao contrário desse tipo de raciocínio temos a pressão de observância e aplicação dos dispositivos legais do Direito do Trabalho tal como dispostos na CLT e sem qualquer adequação a situação inimaginável de pandemia que o país enfrenta e em total desrespeito a legislação supracitada e que foi criada exclusivamente para esse fim.

Diante disso, temos assim um cenário fático de incentivo a realização de fraudes. Fraudes essas, que vão desde a simulação de dispensa imotivada, para que o empregado possa sacar a totalidade de seu FGTS e receber ao seguro-desemprego, até o incentivo de exercício do trabalho e desempenho da atividade econômica, ambos pela via informal. O que torna precária a arrecadação do governo e pela via de consequência, a manutenção das obrigações a serem adimplidas pela Previdência Social. Assim, conforme sabiamente defende Arion Sayão Romita:

A nova política social, patronal, desenvolvida para enfrentar a crise, depende de uma melhor produtividade do trabalho e seu instrumento é a flexibilidade, conceito amplo, que cobre vasto espectro, desde uma flexibilidade das relações

sócias (eliminação da rigidez jurídica), passando pela flexibilidade do aparato produtivo (automatização) e chegando à flexibilidade na utilização da força de trabalho (emprego de tempo de trabalho)³.

Enfim, é necessário a “flexisegurança” a partir da flexibilização das Leis do Trabalho para que não tenhamos um cenário de total insegurança jurídica que em nada contribui com a otimização e manutenção de um mercado de trabalho aquecido. O que é essencial para um país como o Brasil que tem por diretriz constitucional a de implementar o desenvolvimento econômico sustentável e que só será possível se conseguir compatibilizar as normas laborais de modo que não tendam de forma irracional para o lado do trabalhador, tornando inviável a continuidade de qualquer negócio.

5 Conclusão

Situações desesperadas por certo que exigem medidas desesperadas, porém não irracionais. Como ramo do direito o Direito do Trabalho surge justamente para regular e minimizar os pontos de tensões eventualmente existentes entre empregadores e empregados. Não podendo ser utilizado de forma simplória em prol do trabalhador e tampouco de forma irracional e sem observar o entorno ou sequer mensurar os impactos de decisões judiciais nesse espectro, tais como a que foi proferida pelo juízo monocrático da 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro. O mais grave foi a constatação de que tantas outras decisões similares se alastraram pelo país, ignorando o sinalagma existente e da essência do contrato de trabalho, bem a interpretação lógico-sistemática da legislação do trabalho que admite expressamente a aplicação subsidiária de disposições pertinentes a outros ramos do direito. É preciso observar sem dúvida os direitos laborais, mas sem que se inviabilize a continuidade do exercício da atividade econômica. Pois, afinal será ela quem será responsável pela efetividade desses direitos.

³ ROMITA, Arion Sayão. Flexisegurança: a reforma no mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p 26..

Abstract

Based on the theoretical framework of constitutionally established labor rights, we sought to analyze the main regulations on Labor Law in the last two decades to finally verify if they are compatible with the state of economic crisis imposed by the covid-19 pandemic in order to enable the implementation of the constitutional guideline for achieving sustainable economic development.

Keywords: Worker. Employer. Economic crisis. Covid-19.

O contrato de trabalho em tempos de pandemia com vistas ao desenvolvimento econômico sustentável

Resumen

Partiendo del marco teórico de los derechos laborales constitucionalmente establecidos, se buscó analizar las principales normativas en materia de Derecho Laboral de las últimas dos décadas, comprobando si son compatibles con el estado de crisis económica impuesto por la pandemia del covid-19 para posibilitar su implementación. de la directriz constitucional para el logro del desarrollo económico sostenible.

Palabras Clave: trabajador. Empleador. Crisis económica. COVID-19.

Referências

BARROS. Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.506 (Lei do Aviso Prévio), de 11 de outubro de 2011. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm. Acesso em 03 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.429 (Lei da terceirização), de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.467 (Reforma Trabalhista), de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.151, de 13 de maio de 2021. Dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14151.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

CALVET, Otávio Torres. Matéria: remuneração da gestante durante a pandemia: de quem é este filho? CONJUR. Publicada em 18 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/trabalho-contemporaneo-remuneracao-gestante-durante-pandemia-quem-filho>. Acesso em 04 jul. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Matéria: Reflexões Trabalhistas: a terceirização, a decisão do Supremo e a responsabilidade do Estado. CONJUR. Publicada em 07/09/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-07/reflexoes-trabalhistas-terceirizacao-decisao-stfe-responsabilidade-estado>. Acesso em: 03 jul. 2021.

ROMITA, Arion Sayão. Flexisegurança: a reforma no mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2008.



Informações da autora

Veronica Lagassi: Doutora e Mestre em Direito, Especialista em Direito Empresarial e Docência do Ensino Superior, além de Advogada e Professora Adjunta de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e titular na mesma cadeira no Curso de Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC Educacional, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Contato: vlagassi@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-3700-3443>