

A JORNADA MOVEL E VARIÁVEL E O SISTEMA TRABALHISTA BRASILEIRO

Kallyanne Dayanna Mendes Bezerra¹

Humberto Lima de Lucena Filho²

RESUMO

O presente estudo visa demonstrar a incompatibilização da jornada móvel e variável de trabalho com os dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro. Pretende ainda esclarecer sob a lente do princípio da dignidade humana, que essa modalidade de jornada fere o direito fundamental do lazer e a integridade física do trabalhador, uma vez que há um limite expresso na duração diária laboral. Adotou-se a metodologia lógico-dedutiva, utilizando a instrumentação bibliográfica e jurisprudencial, e a análise dos dispositivos legais cabíveis ao tema. Conclui-se que esse instituto converge à desvantagem financeira do trabalhador, uma vez que o principal reflexo é no montante salarial.

Palavras chave: Jornada de trabalho, salário, jornada móvel e variável, limitação.

A DAY MOBILE AND VARIABLE AND BRAZILIAN LABOR SYSTEM

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the incompatibility between mobile and variable working hours with the provisions of Brazilian law. Intend to clarify under the lens of the principle of human dignity, that this type of work journey hurts fundamental right of leisure and physical integrity of the worker, since there is a limit expressed in daily work life. Adopted the logical-deductive methodology, using the jurisprudential literature and instrumentation, and analysis of the legal provisions applicable to the subject. We conclude that this converges to institute financial disadvantage of the worker, since the main impact is the salary amount.

Keywords: Work hours, wage, mobile and floating journey limitation.

1 INTRODUÇÃO

¹ Kallyanne Dayanna Mendes Bezerra, Acadêmica do 8º Período do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. (kmendesb@gmail.com).

² Professor Orientador, Bacharel em Direito (UFRN), Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UnP), Mestre em Constituição e Garantia de Direitos (UFRN), Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB). Oficial de Justiça Avaliador Federal do TRT 21ª Região, Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) (betolucena@yahoo.com.br).

A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao julgar uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público em face da empresa Mc Donald's, deliberou acerca de uma matéria em destaque dentre as quais rotineiramente chegam à Justiça do Trabalho. Trata-se de um processo que envolve o instituto da jornada móvel e variável, na qual foi determinado que as cláusulas contratuais que preveem sobre esse tipo de jornada devem ser invalidadas. Isso por que tais cláusulas predizem que o empregado só terá computado em sua jornada de trabalho o tempo em que efetivamente prestou serviços, não compatibilizando os períodos em que esteve à disposição do empregador, aguardando ordens. Nesses procedimentos, o empregado fica sob o arbítrio de seu chefe, não tendo a dimensão prévia de qual será o tempo exato que estará ao serviço da empresa, nem tampouco quanto será a remuneração respectiva ao tempo laborado.

A tutela acerca da limitação da Jornada de trabalho despende uma evolução histórica no afã de um criar um sistema de proteção em relação às condições trabalho. Assim, nasce com a Revolução Industrial através de lutas de classes, as primeiras regulamentações sobre o direito do trabalho, mas especificamente sobre o tempo de trabalho diário, posto que àquela época os trabalhadores eram submetidos a extensas jornadas. Esse momento foi o ponto de partida para a luta desenfreada dos operários por condições dignas de trabalho. Surgiu a necessidade de uma medida protetiva por conta do Estado, a fim de estabelecer o equilíbrio entre a superioridade econômica do empregador, em contrapeso à hipossuficiência do empregado. Nesse liame, a regulamentação limitadora da jornada de trabalho atende um dos primeiros direitos trabalhistas, uma vez que trata da saúde e existência do trabalhador.

Na atual conjuntura trabalhista, a Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XIII³ dispõe sobre Jornada de Trabalho, assegurando um limite não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Nota-se, que a Carta Magna busca garantir ao empregado a efetividade do princípio supraconstitucional da dignidade humana, posto que a referida regulamentação visa resguardar os fundamentos biológicos, econômicos e sociais limitadores da jornada de trabalho. A legislação infraconstitucional, por sua vez também demonstra

³ Art. 7 São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior 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;

controvérsia ao que dispõe no instituto da jornada móvel e variável, aduzindo o art. 4º da CLT⁴ que é computado como tempo efetivamente trabalhado aquele em que está aguardando ou efetuando ordens.

Após vislumbrar os pressupostos introdutórios, a problemática a ser levantada por esse estudo converge para a seguinte indagação: Dada a limitação constitucional sobre da jornada de trabalho e o desdobramento da CLT acerca do tempo à disposição, a utilização da jornada móvel variável é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro? Essa modalidade de jornada está de acordo com as premissas do Direito Internacional do Trabalho? Dessa forma, questiona-se em prima análise a existência de contratos com previsão da jornada móvel e variável, a fim de avaliar se há o desvirtuamento ao direito do trabalhador em relação ao tempo laboral, bem como em perceber sua contraprestação pecuniária apropriada. Isto porque, ao pactuar esse procedimento, o empregado recebe proporcionalmente apenas quanto a seu serviço efetivamente prestado, sendo intangível o correspondente ao tempo em que ele ficou à disposição do empregador. Valendo-se do método lógico dedutivo, utiliza-se da instrumentalização de casos concretos sobre o tema, buscando também valer-se do arcabouço bibliográfico, bem como a consulta à legislação.

Para investigar o tema proposto, o ponto de partida será a fundamentação em relação jornada de trabalho, relatando a importância do trabalho para o ser humano, bem como os fundamentos que limitam a duração das jornadas de trabalho. Em seguida, será conceituado o tempo à disposição, e relatar-se-á o reflexo das flexibilizações trabalhistas quanto às modalidades de prestação laboral. Após, será abordado no que tange à legalidade da jornada móvel variável de trabalho. E por fim, as considerações finais, que serão declinadas as conclusões do estudo.

2 OS FUNDAMENTOS DA DURAÇÃO DO TRABALHO

A duração de trabalho compreende o período laboral avençado entre as partes em virtude do contrato de trabalho. Abarcando tanto o tempo em que o empregado esteja em

⁴ Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

exposição ao labor, seja efetivamente prestando serviços ou até mesmo o período em que ocorra um desligamento de seu exercício laboral, tal como os repousos intrajornada, hebdomadários e as férias. Por esse contexto, “a duração de trabalho é o gênero do qual são espécies a jornada, o horário de trabalho e os repousos” (CASSAR, 2013.p.614)⁵. Quanto à jornada de trabalho tem-se pelo limite do trabalho diário, visualizando o empregado à disposição do empregador seja aguardando ou executando ordens. Nota-se que tal exposição fundamenta-se pelo artigo 4º⁶ da CLT, sendo ambos os casos considerados como serviço efetivamente prestado e, portanto, computados na jornada.

Destarte, é imperioso destacar no transcorrer da evolução histórica, o momento em que a jornada de trabalho pressupôs a tutela aos trabalhadores com intuito de garantir as condições mínimas e existenciais frente ao excesso de trabalho. Observa-se primeiramente a Revolução Industrial, na qual uma classe operária lutou por avanços significativos no que diz respeito à legislação trabalhista, em decorrência dos trabalhos extensos em que se submetiam. No Brasil, mesmo de forma singela, deu-se início a regulação quanto à jornada de trabalho em meados de 1930, com o golpe de Estado. Especialmente quanto aos limites da jornada de trabalho, houve diversas publicações normativas, tal como o Decreto nº 21.186 de 22 de Março de 1932, que foi modificado pelo Decreto nº22.033 de 29 de Outubro do mesmo ano, e o de n 21.364, de 4 de março de 1932, no qual limitou em oito horas a jornada para o comércio e para indústria. (CAVALCANTE; LUCENA FILHO, 2014.p.177)⁷.

Hodiernamente, a Constituição estabelece, no art. 7, inciso XII⁸ que a duração de trabalho normal não será superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultando ainda a possibilidade de compensação de horários, mediante acordo ou convenção coletiva. Pensou o Constituinte em efetivar ao empregado um trabalho digno, que seja

⁵ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 8ªed.Rio de Janeiro: Método.2013.P.614.

⁶ Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

⁷ CAVALCANTI, Caio Câmara; LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A jornada de trabalho dos gerentes bancários e o direito à saúde: Por uma revisão jurisprudencial desde o direito constitucional do trabalho. XXIII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFSC,2014, Florianópolis, 2014, p. 177.

⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XII – Duração de trabalho normal não superior 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.

pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, tentando estabelecer uma harmonia entre a necessidade do trabalho como garantidor de um mínimo existencial e as necessidades físicas e psicológicas como ser humano. A essa lógica, tal princípio, instaurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que embora não tenha caráter imperativo, surgiu com intuito de dar segurança jurídica aos indivíduos, e sobreposto ao direito do trabalho assegurou em seu artigo XXIV⁹ uma limitação plausível no que tange a duração de trabalho, com garantia do direito ao lazer e descanso.

No Brasil esse princípio é tido como o valor supremo do Estado e foi inserido na Constituição no Art. 1º, inciso III¹⁰ como um fundamento para a construção de um Estado Democrático de Direito. No entanto, tem-se a percepção que sua eficácia se detém ao plano teórico, entretanto, a efetividade na prática do âmbito trabalhista, em especial, falece de melhor aplicação por aqueles que promovem o direito na sociedade¹¹ (POMPEU; HOLANDA, 2012.p.15). Isso por que em muitos casos não há o devido respeito às normas regentes no Direito do Trabalho, e muitas vezes a hipossuficiência econômica do empregado acarreta na submissão a qualquer meio de labor que possa garantir economicamente sua existência. Contudo, sabe-se que as normas que regem a jornada de um trabalho digno são de caráter imperativo, e, portanto indisponíveis, tendo em vista a sua natureza de ordem pública. Percebe-se que a consagração desse princípio tanto impõe um dever de abstenção no sentido de obstar condutas que venham a lesar um determinado indivíduo, como tende a fomentar condutas positivas que efetivem e protejam esse mesmo ser. (KMITA; FERREIRA, 2013.p.16).¹²

Para auferir um trabalho digno, é preciso que se forneça ao trabalhador, meios e condições adequadas que possibilitem uma maior cautela com a saúde e a dignidade, que

⁹ Art. XXIV Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

¹⁰ Art. 1º A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana

¹¹ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HOLANDA, Marcus Mauricius. A democracia do trabalho no Estado liberal, uma crítica ao modelo neoliberal e a Constituição Brasileira como garantidora do mínimo existencial nas relações de trabalho. XXI Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UFF, 2012, Niterói, **Anais**, Niterói, 2012.p. 15.

¹² KMITA, Mirian Karla; FERREIRA, Leonardo Sanches. A função social do contrato de trabalho. XXII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UNICURITIBA, 2013, Curitiba, 2013, p. 16.

devem ser primordialmente preservados. Com isso, terá por consequência uma troca plausível, garantindo ao empregador a execução das atividades laborativas por parte do empregado, e esse por sua vez, tem efetivado sua dignidade. Assim, Maria Alice Monteiro de Barros¹³ sustenta o entendimento que o primeiro fundamento do valor do trabalho é o próprio homem e por isso afirma que a dignidade humana é superior ao princípio da proteção, demonstrando assim seu grau de importância na vida. (BARROS, 2013. p. 150).

Não obstante, apesar de o trabalho ser essencial à vida do homem, no intuito de dar condições mínimas de sustento físico próprio, ele não pode ser inibidor da inserção do homem no meio social. Sendo assim. “A noção de mínimo existencial assume grande importância, pois consiste num núcleo de direitos prestacionais não apenas para a sobrevivência física do indivíduo, como também para fruição dos direitos fundamentais, como vida social, saúde e participação familiar”¹⁴ (BOARETTO; MISAILIDIS, 2012.p. 3255). Sobre esse entendimento a doutrina dispõe acerca da limitação da jornada de trabalho tomando como base os aspectos biológicos, sociais e econômicos.

No que diz respeito à premissa social, cumpre frisar seu caráter relevante uma vez que está garantido explicitamente na Constituição¹⁵, sendo enquadrada como direito fundamental social, e, portanto, inviolável. Tal fundamento revela-se importante, pois busca preservar ao trabalhador o direito ao lazer e uma convivência harmônica na sociedade e em seu seio familiar. Ressalta-se inclusive, que o direito ao lazer é um instrumento de acesso à dignidade humana, posto que busca o desenvolvimento social e pessoal do empregado. Por essa ótica, as Leis Trabalhistas cingem ao respeito do lazer sempre valorizando os repousos concedidos por Lei. A CLT dispõe em seu artigo 129¹⁶ acerca do gozo de férias inclusive limitando a possibilidade ao abono, considerando o bem estar do trabalhador. Ainda sob a perspectiva da indisponibilidade e valoração dos repousos garantidos ao empregado, o

¹³ BARROS, Maria Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**.9ª Ed. São Paulo: LTr.2013.P.150.

¹⁴ BOARETTO, Laira Beatriz; MISAILIDIS, Mirta Gladys L M de. O direito fundamental a uma jornada laboral: Reflexão diante da nova redação do artigo sexto da CLT. XXI Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFU,2012, Uberlândia, 2012, p. 3255.

¹⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição.

¹⁶ Art. 129 Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízos da remuneração.

Tribunal Superior do Trabalho, sumulou¹⁷ a respeito da necessidade de repouso entre jornadas, aduzindo que em caso de supressão a esse intervalo, haverá remuneração extraordinária das horas suprimidas.

A tutela ao lazer não foi implementada apenas no âmbito nacional, sendo estruturada também no plano internacional com a finalidade de viabilizar de forma mais efetiva a segurança jurídica sob a premissa em questão. Com esse intento, a Declaração dos Direitos do Homem (Elaborada pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1936), aduziu no artigo 2º que o primeiro dos direitos do homem é a vida, em complemento, ressaltou no artigo 4º que o direito à vida comporta um trabalho reduzido o bastante que possa deixar os lazes suficientemente remunerados, com intuito que todos tenham a possibilidade de participar do bem-estar¹⁸. (SOUZA; MISAILIDIS, 2012.p.3278;3279).

Em relação ao contexto biológico, “o excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário” (CASSAR, 2013. p. 613)¹⁹. Cumpre salientar que a extensa exposição do trabalhador a situações de tensão e estresse em seu ambiente de trabalho torna-o vulnerável, podendo afetar o seu comportamento quanto à produção da empresa e concomitantemente, implicar em prejuízos à sua saúde. Quando remete-se à saúde, não se fala apenas e algo relacionado aos cuidados preventivos sobre uma doença já exposta, o conceito trata de uma ampla concepção associada à qualidade de vida do indivíduo, além de fomentar a qualidade em torno do ambiente de trabalho, bem como das condições de desempenho funcional profissional.²⁰ (CIOFFI, 2012.p.265). Frise-se que muito embora o excesso de horas diárias trabalhadas reflita sobremaneira na vida do empregado, constata-se também danos à empresa. Assim,

¹⁷ Súmula 110 do TST No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

¹⁸ SOUZA, Patrícia Borba de; MISAILIDIS, Mirta Gladys L M de. O direito fundamental ao lazer e a dignidade humana do trabalhador frente à economia sem fronteiras. XXI Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFU, 2012, Uberlândia, 2012, p. 3255.

¹⁹ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 8ªed.Rio de Janeiro: Método.2013.P.613.

²⁰ CIOFFI, Leandro. A proteção à saúde dos trabalhadores de enfermagem na jornada de trabalho em ambiente hospitalar noturno: Análise quanto à efetividade fundamental da dignidade da pessoa humana e do trabalho digno. XXI Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UFF, 2012, Niterói, **Anais**, Niterói, 2012.p. 265.

demonstra-se o princípio do rendimento, no qual defende que as partes têm obrigação de dispor o máximo de esforço a fim de aprimorar a manutenção dessa empresa. Reitera-se que com excesso de trabalho, acarretando fadiga e déficit de concentração, não se torna viável que o empregado se esforce o necessário para aumentar sua produtividade na empresa.

As longas jornadas de trabalho propiciam ao indivíduo o acúmulo de tensão e fadiga, além de causar distúrbios no sono e podendo acarretar no aumento de ansiedade, perda do apetite, nervosismo e doenças cardiovasculares, além de possibilitar maiores índices de acidentes de trabalho, o que contraria as normas de segurança do trabalho. Do mesmo modo converge o pensamento de Maurício Godinho Delgado²¹, no qual aduz que o aumento da jornada, mesmo que com a prestação de horas extras, poderá ocasionar de forma drástica a ocorrência de doenças profissionais ou acidentes de trabalho. (DELGADO, 2014.p.902). “Em consequência de tais esforços e desgastes, o trabalhador fica sujeito a adquirir doenças ocupacionais tais como transtornos mentais e do comportamento, transtorno do ciclo sono-vigília devido a fatores não-orgânicos, e distúrbios do ciclo sono-vigília”.²² (CIOFFI; CIOFFI, 2013.p.86).

É em razão de prevenir esses prejuízos ao trabalhador, que a Constituição mais uma vez se dispõe sobre a tutela de direitos trabalhistas, dispondo no inciso XXII do artigo 7º que constitui como direito que vise à melhoria da condição social, “ [...] a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança [...]”. Na vertente internacional, cumpre mencionar sobre o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, ratificado pelo Brasil em 1992 e tem natureza imperativa ao ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 7º, alínea “d”, impõe aos Estados Partes reconhecerem o direito das pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis que assegurem especialmente o repouso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas pagas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed.São Paulo: Ltr, 2014.P.902.

²² CIOFFI, Leandro; CIOFFI, Andreia Correia de Souza. A súmula 444 do TST e a efetividade de direitos fundamentais relacionados à saúde do trabalhador: análise da jornada no sistema de revezamento 12x36 face ao paradigma contemporâneo do trabalho. XXII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo, **Anais**, São Paulo, p.86.

Quanto ao viés econômico, têm-se que as jornadas em longas durações acarretam acúmulo de serviço aos empregados já contratados, causando, portanto uma precarização do direito do trabalho, pois em virtude dos excessos nas empresas, acumulando os postos de trabalho formal, refletirá no crescente índice de desemprego, e abre espaço para aumentar a quantidade de trabalhos informais e precários.

3 O CONCEITO DE TEMPO À DISPOSIÇÃO E AS NOVAS MODALIDADES DE PRESTAÇÃO LABORAL

O artigo 4º²³ da CLT dispõe sobre o tempo laboral de um empregado, considerando como o tempo efetivamente trabalhado, o período em que o empregado está à disposição do empregador, seja executando ou aguardando ordens. Serão computados na duração de trabalho o tempo que houve o dispêndio de energia para efetuar os serviços, ou aguardando ordens para fazê-los, bem como os períodos na qual teoricamente o empregado esteve desligado de seu serviço, tomando como exemplo os intervalos intrajornadas. Isso porque, embora a concessão de intervalo seja uma norma de ordem pública e, portanto indisponível, o empregador tem o trabalhador à seu dispor nesses momentos, tem a possibilidade de solicitar que o empregado exerça algum serviço. Entretanto, é importante frisar que esse momento suprimido terá caráter de horas extras, e, portanto, deverão ser remuneradas como tal. Entende Vólia Bonfim²⁴ que esse dispositivo legal tem o espoco de tutelar o obreiro dos abusos do poder econômico, estando o empregado protegido quanto aos intervalos não previstos em lei, tempo de espera durante a execução de um serviço e as horas de itinerário. Esses fundamentos se confirmam com a súmula 118²⁵ do Tribunal Superior de Justiça, que refere-se aos intervalos concedidos não previstos em lei, que incidem em tempo à disposição e por isso, devem ser remunerados como trabalho extraordinário.

²³ Art. 4º Considera-se como serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

²⁴ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método. 2013. p.615.

²⁵ Súmula 118 do TST Os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remuneradas como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.

Em consonância ao exposto, é cediço explicar acerca das horas *in itinere* que, conceitualmente diz respeito ao tempo que o empregado percorre do trabalho-casa e casa-trabalho. Em regra os empregados não são remunerados no decorrer desse itinerário, contudo, excepcionalmente, quando se tratar de local de difícil acesso ou não servido de transporte público regular e, concomitantemente o empregador lhe fornecer um meio de locomoção, será computado na jornada de trabalho e consequentemente esse lapso temporal será remunerado. Nota-se que a legislação trabalhista quando dispõe no artigo 58 § 2º²⁶ sobre o referido tema, estabelece uma interpretação extensiva do artigo 4º, tendo em vista que, muito embora o empregado não esteja nas dependências do local de trabalho, está à disposição do empregador, podendo inclusive ser demitido nesse percurso, caso cometa alguma infração grave. Essa interpretação é embasada nos ditamos do TST, que dispôs na Súmula 90²⁷ sobre as horas *in itinere*, ratificando o que aduz a CLT, afirmando ainda que em caso de haver transporte regular em parte do trajeto percorrido e a outra parte for por condução fornecida pela empresa, caberá a remuneração de horas *in itinere* apenas quanto a esse trecho. Conclui-se reiteradamente a proteção do ordenamento jurídico em compatibilizar na jornada de trabalho o tempo em que o empregado está à disposição do empregador.

É imperioso relatar que há outras modalidades de prestação de serviços que muitas das vezes são decorrentes da crescente globalização mundial e da flexibilização do direito do trabalho. O objetivo da flexibilização das relações de trabalho é criar organismos para conjugar as transformações econômicas, tecnológicas e sociais entre capitais e trabalho.²⁸ (SOARES; MASSINE, 2010.p.9052). Contudo, a flexibilização deve ser observada detidamente e com os devidos cuidados, visto que as necessidades de ordem econômica não

²⁶ Art. 58 A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

§ O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido de transporte público, o empregador fornecer a condução.

²⁷ Súmula 90 I – O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho.

IV – Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público.

²⁸ SOARES, Fernanda Heloisa Macedo Soares; MASSINE, Maiara Cristina Lima. A flexibilização do direito do trabalho e a constituição federal de 1988. XIX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFC, 2010, Fortaleza, 2010, p. 9052.

pode se sobrepor aos direitos dos trabalhadores, fazendo com que esses sejam diminuídos ou até mesmo suprimidos, pois tratam-se de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.²⁹(MAURO; NABARRETO, 2013.p.487). Acrescenta-se ainda que a flexibilização da legislação trabalhista seja tendenciosa a enfraquecer os trabalhadores para favorecer os empresários, que possuem alto nível lucrativo em detrimento de repercussões sociais negativas aos trabalhadores.³⁰ (TAMIOZZO, 2012.p. 413) Dentre elas as modalidades de flexibilização, podem ser citados alguns exemplos como a compensação por banco de horas, o sobreaviso e a prontidão, os turnos ininterruptos de revezamento e a compensação de horas extraordinariamente remuneradas.

Inicialmente, acerca do sobreaviso e prontidão, é importante destacar que trata-se de critérios especiais de cômputo na jornada de trabalho e que não se estendem a todo tipo de trabalhador, fazendo referência apenas à classe dos ferroviários. Considera-se o sobreaviso o tempo integrante do contrato em que o ferroviário permanece em sua casa, aguardando ser chamado a qualquer momento ao serviço. Essa escala não poderá passar de 24 horas, e a sua remuneração se dá em 1/3 adicional da hora normal. É evidente que a aplicação extensiva do artigo 4º é mais branda, posto que mesmo estando a serviço da empresa e na iminência de receber ordens, o empregado fica nas acomodações do lar. Em contrapartida, tem seu direito de ir e vir limitado, uma vez que ainda está ligado ao trabalho mesmo que à distância e, por isso, não abre a oportunidade de projetar esse período em sua vida social. Por prontidão, entende-se que é o tempo em que o empregado permanece nas dependências do ambiente de trabalho aguardando ordens, não podendo exceder ao limite máximo de 12 horas, e obtendo como remuneração o adicional de 2/3 da hora convencional. Vê-se, portanto que em ambos os casos o trabalhador não está prestando o serviço propriamente dito, mas está na dispensação do empregador, podendo a qualquer momento ser intimado a prestar seus

²⁹ MAURO, Victor da Silva; NABARRETO, Rodrigo Lopes. Os efeitos da aplicação da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na flexibilização das normas trabalhistas. XXII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo, **Anais**, São Paulo, p.487.

³⁰ TAMIOZZO, Henrico Cesar. A responsabilidade social empresarial e o direito ao trabalho humano decente: Reflexos positivos para empresa. XXI Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UFF, 2012, Niterói, **Anais**, Niterói, 2012.p. 413.

serviços. Sendo esse tempo inserido na jornada de trabalho, conforme se verifica nas disposições do já citado art. 4º da CLT.

Há também como prestação laboral, o trabalho além da jornada. Segundo artigo 58 da CLT, a duração normal de trabalho será delimitada em 8 (oito) horas diárias, contudo, o artigo 59³¹ do citado diploma acrescenta que essa duração poderá ser estendida em horas suplementares, não podendo exceder o número de duas, e devem ser remuneradas em, no mínimo, 50% da hora normal, conforme o artigo 7º inciso XVI³² da CF. Muito embora esse valor pago a título extraordinário beneficie o trabalhador em seu montante salarial, o que se pretende analisar é que nessa forma, a jornada de trabalho pode ser estender de modo desacerbado, consequenciando conforme já explanado, um déficit na vida do trabalhador e uma possível baixa na produtividade. Embora seja vedado a agressão às normas de ordens pública, tais como a saúde e qualidade de vida do empregado, esse acaba por se submeter a esse modelo de aumento de jornada para que possa complementar a renda e o sustento familiar, em virtude dessa remuneração suplementar. Não obstante ofender ao trabalhador em sua esfera individual tem se que a prorrogação da jornada de trabalho pode inibir a geração de empregos, uma vez que se a empresa tem funcionários, ainda que em uma escala mediana, mas que fique sobrecarregado de trabalho, não há de se falar em abrir oportunidade para futuras contratações.

Nesse sentido, há também outro gênero de compensação de horas. Trata-se da espécie de compenso por banco de horas, onde não há contraprestação remuneratória, podendo ser verificada quando há um aumento na duração de um dia trabalhado que corresponde a diminuição de outro. Inicialmente, a compensação era de até 120 dias, contudo, após nova redação dada pela MP 2.164-41/2001³³, pela qual alterou o previsto no art. 59 § 2º da CLT, é cediço compensar tais horas em até 1 ano, aduzindo também que não pode ser ultrapassado o limite máximo de 10 horas diárias.

³¹ Art. 59 A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em números não excedente de duas, mediante acordo escrito entre o empregador e o empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

³² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

³³ BRASIL. Medida Provisória, de 24 de agosto de 2001.

Com a utilização dessa modalidade compensatória, o empregado fica limitado, não tendo autonomia para escolher os horários que pretende trabalhar, pois a compensação se realizará conforme as necessidades de produção da empresa. É por esse esboço que conclui-se que o banco de horas favorece o capital e a produtividade empresarial, já que há excesso de mão de obra e nenhum investimento realizado.³⁴ (PIMENTEL, 2007.p. 2284). Observa-se que esse procedimento se assemelha o que prediz na jornada móvel e variável, no que diz respeito à possibilidade da empresa poder dispor dos serviços de seus empregados quando for conveniente. Ou seja, é auferido vantagens apenas ao empregador, pois as jornadas de seus trabalhadores oscilam conforme a demanda da empresa, não abrindo oportunidade de causar prejuízo, tendo em vista que nos momentos de alta rotatividade, os empregados estarão produzindo mais capital, e nos períodos de baixa, esses estão teoricamente dispensados, pois estão compensando seu banco de horas. Nesse momento, não haverá pagamento pecuniário ao empregado, nem tampouco déficit financeiro para empresa, haja visto que diminuiu a entrada de dinheiro, e em contrapartida, não há saída quanto a remunerar as horas extraordinariamente trabalhadas.

Partindo para outro conceito, expõe-se ainda o sistema laboral de turnos ininterruptos de revezamento. Tal modalidade surgiu com a Lei nº 5.811/72³⁵ e refere-se em prima análise, aos petroleiros e empregados em atividades semelhantes. Inicialmente a jornada foi fixada entre 8 e 12 horas, contudo, levando em consideração a alternatividade de horários que ocasionava prejuízo à saúde do empregado, em especial ao sono, bem como o desregulamento na vida social, a CRFB explanou em seu artigo 7º, inciso XIV³⁶ a redução da carga horaria para seis horas diárias. Conforme o entendimento doutrinário de Vólia, o revezamento é uma forma contínua de horários a serem trabalhados, na qual o empregado poderá prestar seus serviços em todos horários de um dia e em períodos diferentes: manhã, tarde, noite e madrugada. Modificando a cada semana os turnos. Entende ainda que quanto

³⁴ PIMENTEL, Anne Geraldi. Jornada de trabalho como mecanismo de proteção ao Salário. XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional – CONPEDI/FDC, 2007, Campos do Goytacazes, **Anais**, 2007, Campos do Goytacazes. p. 2287.s

³⁵ BRASIL. Lei nº 5.811 de 11 de outubro de 1972.

³⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

maior a troca no horário, maior também será o desequilíbrio no corpo humano que em um lapso temporal poderá desenvolver uma série de patologias.³⁷ (CASSAR. 2013.p.640).

Nota-se que esse de prestação de serviço não auferir um trabalho digno ao homem, pois, embora receba o salário correspondente ao seu trabalho, as consequências negativas são inúmeras vezes maiores. Dessa forma, percebe-se que esse regime é imposto ao empregador, melhor explicando, o trabalhador não possui a faculdade de escolha quanto ao seu modelo laboral. Conclui-se, portanto que é mais uma forma de garantir benefícios ao empregador, tendo em vista que isso fortalece o capitalismo no sentido de que a empresa concretiza meios de redução de gastos em contraponto ao maior esforço do empregado que produz sempre que for necessário ao apuramento de lucros³⁸. (FARIAS, 2012.p.3167). Em suma, verifica-se que as flexibilizações podem ser *in pejus*, como se verifica nos casos dos turnos ininterruptos de revezamento ou nas modalidades de redução salarial.³⁹ (MARTINS, 2010.p. 571).

4 A JORNADA MOVEL E VARIÁVEL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, LEGALIDADE E CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Sob a lente da estreita relação entre jornada e remuneração, é imprescindível demonstrar a importância do salário para o empregado uma vez que é um dos primeiros que lhe foi garantido. É interessante compreender em um breve contexto histórico que o salário inexistia à época da escravidão, contudo, ao desenvolver da história esse direito foi sendo aprimorado. Com o surgimento do Tratado de Versalhes ele deixa de ser algo distante ao trabalhador, e passa a ser disciplinado internacionalmente com intuito de socialização, valorização e retribuição pelo esforço humano, além de ter a finalidade de garantir

³⁷ CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método.2013.p.640.

³⁸ FARIAS, Andre Carvalho. Direitos fundamentais dos trabalhadores: Do trabalho digno à flexibilização – Uma análise crítica aos turnos ininterruptos de revezamento. XXI Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFU,2012, Uberlândia, 2012, p.3167.

³⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**.29ª ed. São Paulo: Atlas.2010.p.571.

subsistência ao trabalhador e a sua família.⁴⁰ (LIMA, 2006.p.12). Na Constituição Federativa do Brasil o salário está no rol dos direitos sociais, estando consagrado no artigo 7º, na qual o inciso VI⁴¹ expressa sobre a sua irredutibilidade. Ademais, essa premissa é tutelada por três princípios, sendo eles princípio da indisponibilidade (ou irrenunciabilidade) dos direitos laborais, impenhorabilidade; e intangibilidade salarial (ou irredutibilidade). A indisponibilidade ou irrenunciabilidade aduz sobre a impossibilidade do empregado renunciar seus direitos advindos de um contrato individual de trabalho. O princípio da impenhorabilidade, extraído subsidiariamente do Código de Processo Civil, no Art. 649, inciso IV, preleciona que, em tese, são impenhoráveis o salário em que tenha caráter alimentar. Por fim, o salário é protegido de descontos abusivos em virtude do princípio da intangibilidade ou irredutibilidade.⁴² (PIMENTEL, 2007.p.2277-2278).

Saliente-se que o salário não é alvo de destaque apenas no âmbito nacional, sendo também tutelado tangencialmente na ordem internacional. Assim, com o escopo de internacionalização de padrões e direitos fundamentais ao trabalhador, foi criada em 1919 no Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho – OIT em uma conjuntura da qual necessitava de regulação quanto ao Direito do trabalho, sendo necessário que essa disciplina fosse fundamentada em padrões éticos e morais capazes de coibir o tratamento ao trabalho humano como simples veemência capitalista frente aos interesses empresariais.⁴³ (LUCENA FILHO. 2013.p. 507). Nessa perspectiva, a OIT tem a responsabilidade de produção de recomendações e convenções, que ao serem ratificadas pelo Brasil, passa a ter caráter de Decreto Legislativo e, portanto incide sobre o ordenamento jurídico Brasileiro com força cogente.

⁴⁰ LIMA, Ana Lúcia Coelho de Lima. O salário na (pós) modernidade. XV Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UEA, 2006, Niterói, **Anais**, Manaus, 2006.p. 12.

⁴¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

VI - Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

⁴² PIMENTEL, Anne Geraldi. Jornada de trabalho como mecanismo de proteção ao Salário. XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional – CONPEDI/FDC, 2007, Campos do Goytacazes, **Anais**, 2007, Campos do Goytacazes. p. 2277-2278.

⁴³ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Os paraísos normativos e a proteção aos direitos trabalhistas: Perspectivas sob a lente da transjuridicidade. XXII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo, **Anais**, São Paulo, p.507.

No ano de 1949, a convenção nº 95, aprovada na 32ª reunião da Conferencia Internacional do Trabalho em Genebra, dispôs acerca da proteção do salário, respaldando o trabalhador de descontos indevidos. Tem se ainda a convenção nº 26 que sustenta em seu artigo 1º⁴⁴ que os Membros que ratificarem essa Convenção deverão se comprometer em instaurar ou preservar métodos que fixem salários mínimos aos trabalhadores. Nota-se, portanto que o trabalhador deve ter garantido o mínimo sustentável para si e sua família, pois entende-se que a regulamentação de um valor mínimo para o salário também é um mecanismo de proteção do trabalhador contra exploração em demasia.⁴⁵ (PIMENTEL, 2007.p. 2278). O princípio do não retrocesso social consagrado por Canotilho aparece de forma clara na Convenção em tela, uma vez que o termo “conservar” foi usado no sentido de garantir a fixação dos salários.⁴⁶ (OLIVEIRA; SILVA, 2010.p. 8801). O já citado Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC também preocupou-se no seu artigo 7º, alínea a⁴⁷ em garantir ao trabalhador um salário mínimo, que possa lhe proporcionar a segurança jurídica e básico existencial. Conclui-se que o salário mínimo tem a função fundamental de proibir contratação de trabalhadores com remuneração que seja inferior ao mínimo legal, caso ocorra, o desrespeito a essa garantia pressupõe o manejo de medidas judiciais cabíveis ao caso.⁴⁸ (SILVA; OLIVEIRA, 2010.p.8797).

Diante das perspectivas, percebe-se que a utilização da jornada móvel e variável pode ser um meio do empregador burlar as normas trabalhistas, uma vez que o salário é o principal

⁴⁴ Art. 1 Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se comprometem a instituir ou a conservar métodos que permitam fixar os salários mínimos dos trabalhadores empregados na indústria ou partes da indústria (e em particular nas indústrias caseiras), em que não exista regime eficaz para a fixação de salários por meio de contrato coletivo ou de outra modalidade e nas quais os salários sejam excepcionalmente baixos

⁴⁵ PIMENTEL, Anne Geraldi. Jornada de trabalho como mecanismo de proteção ao Salário. XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional – CONPEDI/FDC, 2007, Campos do Goytacazes, **Anais**, 2007, Campos do Goytacazes. p. 2278.

⁴⁶ OLIVEIRA, Aílsi Costa de; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. O salário mínimo como instrumento concretizador da dignidade da classe trabalhadora. XIX Encontro Nacional do CONPEDI – CONPEDI/UFC, 2010, Fortaleza, **Anais**, 2010, Fortaleza.p.8801.

⁴⁷ Art. 7º Os estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem em especial:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores.

⁴⁸ OLIVEIRA, Aílsi Costa de; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. O salário mínimo como instrumento concretizador da dignidade da classe trabalhadora. XIX Encontro Nacional do CONPEDI – CONPEDI/UFC, 2010, Fortaleza, **Anais**, 2010, Fortaleza.p.8797.

reflexo desse instituto, ocorrendo em muitos casos à redução o pagamento do mínimo garantido constitucionalmente e internacionalmente.

Consoante ao exposto entende Tribunal Superior do Trabalho que devem ser nulas as cláusulas contratuais que preveem a modalidade da jornada móvel e variável. Tal entendimento fundamenta-se em razão do notório prejuízo acarretado ao trabalhador na relação empregatícia, tendo em vista que esse está à disposição do empregador podendo exercer seu trabalho a qualquer momento, a depender da conveniência da empresa. O TST fundamentou suas razões em uma Ação Civil Pública⁴⁹ movida pelo Ministério público em face da empresa Mc Donald's, concluindo sobre a ilegalidade das cláusulas contratuais que preveem o referido instituto, isso porque reconheceram que a empresa passa a transferir os riscos do negócio ao empregado. No dispositivo do referido julgamento, os Ministros da oitava turma do Tribunal Superior determinaram que a empresa ré substituísse a jornada móvel e variável, por jornada fixa em todas as suas lojas, obedecendo assim às previsões Constitucionais e infraconstitucionais.

Não obstante, a Sétima Turma do referido Tribunal, ao julgar um Recurso de Revista⁵⁰, considerou ilegal a contratação com base nesse modelo de jornada. Nessa esteira,

⁴⁹ RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos artigos 4º, caput, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 9891900-16.2005.5.09.0004, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/02/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011)

⁵⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E VARIÁVEL - ABUSO DE DIREITO - SÚMULAS NºS 23, 221, II, E 296 DO TST. Conforme notícia a decisão recorrida consta do contrato de trabalho cláusula estipulando jornada móvel e variável, recebendo o empregado apenas por aquelas horas trabalhadas. O respectivo modelo de jornada incorpora benefícios à empresa, atendendo, todavia, apenas às suas necessidades e preterindo, os interesses dos empregados. A possibilidade de contratação para jornada inferior ao limite legal com salário proporcional obviamente resta autorizada, mas não se admite a ausência da prefixação daquela jornada, ainda que reduzida, porquanto é direito do empregado ter a efetiva ciência prévia de sua jornada diária de trabalho e, consequentemente, do seu salário mensal. Na hipótese

condenou o restaurante Outback Steakhouse a ressarcir um auxiliar de limpeza no que lhe era devido. Assim, o Ministro Vieira de Mello Filho aduziu que é inadmissível não haver uma jornada fixada previamente, pois, é direito do trabalhador tomar a ciência antecipada da sua jornada e do salário correspondente. Ressaltou ainda que essa jornada visa beneficiar apenas a empresa, o que resulta em um afrontamento aos princípios de proteção ao trabalhador e a dignidade da pessoa humana, ademais “objetiva desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação nos preceitos contidos na CLT” e, portanto, é nulo de pleno direito.

É possível constatar que há expressa violação aos preceitos normativos, pois, embora o artigo 444⁵¹ disponha que as partes têm a possibilidade de estipular livremente às relações contratuais, o mesmo excepciona os casos em que não contravenha às disposições de proteção ao trabalho. Assim, percebendo que o instituto da jornada móvel e variável reflete sobremaneira no salário do trabalhador, é possível destacar duas formas de incidência negativa. A priori, ao pactuar o contrato sob essa modalidade, o empregado só recebera seu montante salarial pelo tempo trabalhado, ou seja, mesmo estando 44 horas semanais à disposição do seu patrão, a remuneração será equivalente apenas ao tempo efetivamente trabalho. Sob esse enfoque, constata-se a infringência ao artigo 4º⁵² da CLT, em sabendo que

dos autos a contratação previa a possibilidade de jornada diária de até oito horas, razão pela qual ficava o empregado vinculado a todo aquele período, não lhe cabendo ativar-se em outra atividade. No mesmo diapasão, não tinha conhecimento prévio do valor de seu salário mensal, pois percebia pelas horas efetivamente trabalhadas, apenas com a garantia mínima de duas horas diárias. Dessume-se desse contexto que o benefício do referido regime de contratação dirigia-se única e exclusivamente ao interesse do empregador, sabedor de que contaria com o empregado pela jornada integral de oito horas diárias conforme lhe aprouvesse e, ainda, podendo estender as jornadas com o pagamento de horas extraordinárias. Assim, a empregadora geria um regime de otimização das horas de trabalho de seus empregados e de escalas conforme a movimentação e a necessidade dos serviços em seu estabelecimento. Nos períodos de pequena frequência de clientes o empregado trabalharia por poucas horas, e a reclamada não necessitaria pagar pelo tempo no qual o trabalhador, embora não se ativasse na função, fosse obrigado a reservar o seu dia para atender à possível convocação para a jornada de oito horas. Dessa fixação da jornada, ainda que proporcional e inferior ao limite legal, deve atender às exigências de ambas as partes, com método fixo e não aleatório, como fez a empresa, focada que estava tão somente na diminuição de seus custos operacionais, infringindo, inequivocamente, os princípios basilares de proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, e sujeitando o empregado tão somente ao livre arbítrio patronal, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual, com execrável transferência dos riscos da atividade econômica para o empregado. Agravo de instrumento desprovido.

(AIRR - 137000-70.2008.5.01.0014 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/06/2014)

⁵¹ Art. 444 As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

⁵² Art. 4º Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

esse considera a jornada de trabalho como o cômputo do tempo efetivamente trabalhado e o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador. Em seguida, nesse tipo e contratação, o obreiro fica previamente limitado as ordens da empresa, não tendo tempo hábil para se programar para prestação de outros serviços extras, isso por que não é sabido com antecedência necessária quais os horários a serem laborados, esse período será fixado pelo empregador conforme lhe aprouver.

Através desse raciocínio, entende Mauricio Godinho que a jornada de trabalho, seja com o tempo de prestação de trabalho, seja diante da disponibilidade do empregador, é a medida de serviço prestado pelo subornado, em contraprestação a medida de aproveitamento de tais serviços pelo empregador.⁵³ (DELGADO, 2014.p.900). Noutras palavras, reforça o raciocínio anterior que a jornada tende a medir o lapso temporal em que a empresa poderá extrair serviços de seu empregado, pois, durante esse período o empregado estará na iminência de receber ordens e/ou prestar serviços. Assim, o referido autor citando Délio Maranhão, reforça a relação tênue da jornada x salário, posto que o salário é o preço que se oferece sob a força laboral, cabendo a jornada ser a medida dessa força.⁵⁴ (DELGADO, 2014.p.900).

Ademais, “privar o homem da sua retribuição salarial é negar-lhe a possibilidade de se ver como homem capaz de produzir e conquistar um patrimônio mínimo.”⁵⁵ (MENZES, Joyceane; PINTO, Laura, 2009.p.7384). Por todo o arcabouço, percebe-se que a jornada móvel e variável está em contraposição à ordem internacional e ao ordenamento jurídico, vez que o principal reflexo afronta um dos principais direitos respaldados ao trabalhador. Por fim, deduz-se ainda que nos casos em que houver esse instituto, em consonância aos julgados do Tribunal Superior do Trabalho, bem como ao artigo 9º⁵⁶ da CLT, será nulo de pleno direito, em razão de ter como objetivo de burlar os preceitos da referida consolidação, qual seja,

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed.São Paulo: Ltr, 2014.P.900.

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed.São Paulo: Ltr, 2014.P.900.

⁵⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes; PINTO, Laura Anísia Moreira de Sousa. Patrimônio mínimo e princípio da dignidade humana – Uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial. XVIII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Maringá/CESUMAR,2009, Maringá, 2014, p. 7384.

⁵⁶ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

desvirtuar o recebimento da contraprestação pecuniária de forma inadequada, desrespeitando inclusive o piso salarial mínimo.

5 CONCLUSÃO

À luz das premissas explanadas, o presente estudo tentou demonstrar que a utilização da jornada móvel e variável é uma inovação contratual totalmente prejudicial ao empregado em contrapartida à valorização de benefícios ao empregador. A partir do momento em que há essa prática, é possível constatar uma precarização do Direito do Trabalho, pois caso o trabalhador se submeta a esse regime, estará à disposição da empresa 44 horas semanais, contudo, só irá prestar seu serviço nos momentos em que aprouver ao empregador e por consequência, só irá perceber sua remuneração ao equivalente de horas efetivamente trabalhadas resultando em uma jornada em demasia, haja visto que essas horas efetivamente trabalhadas excedem o horário de uma jornada de trabalho convencional e não haverá a remuneração extraordinária respectiva.

Embora o artigo 444⁵⁷ corrobore para o entendimento que as partes podem pactuar livremente sobre as relações contratuais, o mesmo traz a ressalva de que essa liberdade é mitigada haja vista excepciona os casos que contravenha às disposições de proteção ao trabalho. Traduz-se, portanto que não é possível a utilização da jornada móvel e variável, uma vez que não afronta apenas as Leis trabalhistas, destaca-se também o desrespeito à Constituição Federal e as disposições internacionais da qual o Brasil está submisso. Portanto, resta esclarecido que as cláusulas contratuais que disponham sobre esse instituto são expressamente vedadas conforme o entendimento da jurisprudência pátria que fundamenta as decisões da impossibilidade do empregado arcar com o risco da empresa, que é o que ocorre nessas situações, uma vez que seu trabalho varia de acordo com a demanda capitalista. Nota-se, que tais decisões são consoantes ao artigo 9º⁵⁸ da CLT, ratificando a ilegalidade dessas

⁵⁷ Art. 444 As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

⁵⁸ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação.

cláusulas, uma vez que elas fraudam a aplicação do artigo 4º da CLT no que tange serviço efetivo.

Por fim, embora exista a possibilidade do empregado trabalhar em tempo parcial, ou até mesmo em jornada em tempo proporcional sendo previamente cientificado dos seus horários a ser laborados e sua remuneração respectiva, propõe-se que a jornada móvel e variável seja extirpada dos contratos trabalhistas, com intuito de que não mais sejam a ponte para que as empresas burlam o Direito do Trabalho a fim de auferir lucros sob o trabalho exagerado de seus empregados. Afinal, o trabalho é para o homem um meio de inserção social com o escopo de garantir a dignidade humana e o necessário para o mínimo existencial, não sendo admitido na atual conjuntura brasileira, que o obreiro seja apenas o resultado de uma ascensão capitalista, estando inserido em um modelo na qual é visualizado como “coisa”, resultando em um trabalho análogo ao de escravo.

REFERÊNCIAS

BARROS, Maria Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BOARETTO, Laira Beatriz; MISAILIDIS, Mirta Gladys L M de. **O direito fundamental a uma jornada laboral**: Reflexão diante da nova redação do artigo sexto da CLT. XXI Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFU, 2014, Uberlândia, 2012.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 20 de abril de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17 de outubro de 2014,

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 118. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-118 >

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 90. Disponível em: <
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 110. Disponível em: <
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_101_150.html#SUM-110

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.811 de 11 de outubro de 1972**. Brasília: Congresso Nacional, 1972.

BRASIL. Presidência da República. **Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001**. Brasília: Congresso Nacional, 2001.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

CAVALCANTI, Caio Câmara; LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A jornada de trabalho dos gerentes bancários e o direito à saúde**: Por uma revisão jurisprudencial desde o direito constitucional do trabalho. XXIII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFSC, 2014, Florianópolis, 2014.

CIOFFI, Leandro. **A proteção à saúde dos trabalhadores de enfermagem na jornada de trabalho em ambiente hospitalar noturno: Análise quanto à efetividade fundamental da dignidade da pessoa humana e do trabalho digno**. XXI Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UFF, 2012, Niterói, **Anais**, Niterói, 2012.

CIOFFI, Leandro; CIOFFI, Andreia Correia de Souza. **A súmula 444 do TST e a efetividade de direitos fundamentais relacionados à saúde do trabalhador: análise da jornada no sistema de revezamento 12x36 face ao paradigma contemporâneo do trabalho**. XXII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo, **Anais**, São Paulo, p.86.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed. São Paulo: LTr, 2014.

FARIAS, Andre Carvalho. **Direitos fundamentais dos trabalhadores**: Do trabalho digno à flexibilização – Uma análise crítica aos turnos ininterruptos de revezamento. XXI Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFU, 2012, Uberlândia, 2012, p.3167.

KMITA, Mirian Karla; FERREIRA, Leonardo Sanches. **A função social do contrato de trabalho**. XXII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UNICURITIBA, 2013, Curitiba, 2013, p. 16.

LIMA, Ana Lúcia Coelho de Lima. O salário na (pós) modernidade. XV Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UEA, 2006, Niterói, **Anais**, Manaus, 2006.p. 12.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Os paraísos normativos e a proteção aos direitos trabalhistas: Perspectivas sob a lente da transjuridicidade. XXII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo, **Anais**, São Paulo, p.507.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAURO, Victor da Silva; NABARRETO, Rodrigo Lopes. Os efeitos da aplicação da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na flexibilização das normas trabalhistas. XXII Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI/UNINOVE, 2013, São Paulo, **Anais**, São Paulo, p.487.

MENEZES, Joyceane Bezerra de Menezes; PINTO, Laura Anísia Moreira de Sousa. **Patrimônio mínimo e princípio da dignidade humana – Uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial**. XVIII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Maringá/CESUMAR,2009, Maringá, 2014, p. 7384.

OLIVEIRA, Ailsa Costa de; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. O salário mínimo como instrumento concretizador da dignidade da classe trabalhadora. XIX Encontro Nacional do CONPENDI – CONPENDI/UFC, 2010, Fortaleza, **Anais**, 2010, Fortaleza.

PIMENTEL, Anne Geraldi. Jornada de trabalho como mecanismo de proteção ao Salário. XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional – CONPEDI/FDC, 2007, Campos do Goytacazes, **Anais**, 2007, Campos do Goytacazes.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; HOLANDA, Marcus Mauricius. A democracia do trabalho no Estado liberal, uma crítica ao modelo neoliberal e a Constituição Brasileira como garantidora do mínimo existencial nas relações de trabalho. XXI Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UFF, 2012, Niterói, **Anais**, Niterói, 2012. p. 15.

SOARES, Fernanda Heloisa Macedo Soares; MASSINE, Maiara Cristina Lima. **A flexibilização do direito do trabalho e a constituição federal de 1988**. XIX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFC, 2010, Fortaleza, 2010, p. 9052.

SOUZA, Patrícia Borba de; MISAILIDIS, Mirta Gladys L M de. **O direito fundamental ao lazer e a dignidade humana do trabalhador frente à economia sem fronteiras**. XXI

Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação de Direito Conpedi/UFU, 2012, Uberlândia, 2012, p. 3255.

TAMIOZZO, Henrico Cesar. A responsabilidade social empresarial e o direito ao trabalho humano decente: Reflexos positivos para empresa. XXI Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em direito - Conpedi/UFF, 2012, Niterói, **Anais**, Niterói, 2012. p. 413.

TST - AIRR - 137000-70.2008.5.01.0014 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/06/2014.

TST - .RR - 9891900-16.2005.5.09.0004 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 23/02/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011.