



POSSÍVEIS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA: O CASO DAS HORAS *IN ITINERE* E A ANÁLISE DO RETROCESSO SOCIAL

Milena Balbinotti Ferreira¹
Cássio Henrique Pacheco dos Santos²

RESUMO: Esse trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre os impactos da reforma trabalhista, em especial, o possível retrocesso social no caso as horas *in itinere*, uma vez que com a Lei nº 13.467/2017 (Reforma trabalhista) observa-se mudanças sobre o tema. Desta forma, pretende-se apresentar discussões e correntes para resolver o problema posto na reforma neste ponto em específico. Primeiramente, será realizada uma análise dos princípios norteadores do direito do trabalho, sendo eles especiais e os constitucionais do Direito do Trabalho. Em seguida, uma análise em relação à possibilidade de um novo conceito de tempo à disposição pré e pós-reforma trabalhista, a partir das horas *in itinere*. E, por fim, adentra no tema deste trabalho que é o estudo da (in)aplicabilidade da reforma trabalhista aos contrato de trabalho em vigor e o retrocesso social das normas trabalhistas no caso das horas *in itinere* a luz da da interpretação sistemática no direito do trabalho. Assim sendo, concluiu-se que após a reforma trabalhista ainda é possível considerar as horas *in itinere* com integrantes da jornada de trabalho e, por sua vez, a nova redação do § 2º do artigo 58 da CLT, não se sustenta perante o princípio constitucional que veda o retrocesso social.

279

Palavras-chave: Alteração de contrato. Contrato de trabalho. Horas *in itinere*. (In)aplicabilidade. Impactos. Retrocesso social. Reforma Trabalhista.

¹ Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais ou Direito pela Universidade de Passo Fundo-UPF.

² Professor. Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS, Linha de Pesquisa: Jurisdição Constitucional e Democracia. Prof. de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Empresarial e Direito de Recuperação das Empresas da Universidade de Passo Fundo/RS.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os direitos relacionados às atividades laborais vêm sendo modificados de maneira substancial, seguindo um movimento de evolução no campo dos direitos sociais. Tal ascensão foi decorrente de conquistas que ampliaram a proteção do trabalhador e as condições de trabalho.

Contudo, de forma abrupta e, contrariando todas as conquistas obtidas até então, a reforma trabalhista disciplinada pela Lei nº 13.467/2017, ao mesmo tempo em que interrompe esse processo evolutivo de proteção, expõe o trabalhador a muitos retrocessos, entre eles os dispositivos que tratam da jornada e o conflito que se estabelece na supressão dos direitos referentes às horas *in itinere*.

Esse conflito teve origem nas mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, em especial, quando da análise do artigo 58, § 2º, que passou a determinar que “o tempo gasto pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador”.

Esse tempo de deslocamento do trabalhador entre sua casa e o trabalho e do trabalho até sua casa a que se refere o dispositivo supracitado constitui as chamadas horas *in itinere* que, anterior a reforma, eram somadas ao tempo de jornada de trabalho, desde que presentes alguns requisitos.

Portanto, é essencial a análise dos princípios norteadores do direito do trabalho, sendo eles especiais ou constitucionais, que garantem a proteção e aplicação da norma adequada aos direitos dos trabalhadores, especialmente para aplicar a reforma trabalhista estabelecida. Diante disso, apresenta-se o estudo da aplicação da norma da reforma trabalhista no tempo, ou seja, se ela é aplicável aos contratos anteriores à vigência da lei, ou somente aos contratos após a sua vigência.

Assim, a problemática no entorno da qual este estudo se desenvolve é: em que medida a extinção das horas *in itinere* comprometem os direitos do trabalhador, ferindo princípios constitucionais?

Logo, a partir da identificação dessa problemática dos direitos trabalhistas, objetiva-se verificar o retrocesso nos direitos do trabalhador provocados pela Lei n. 13.467/2017, com a revogação do pagamento das horas *in itinere*.

No desdobramento desses objetivos, pretende-se que as reflexões expostas representem um contributo à compreensão da problemática em questão, elucidando, de forma satisfatória, o conflito estabelecido no novo contexto do Direito do Trabalho.

2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DO TRABALHO: ESPECIAIS E CONSTITUCIONAIS

O objetivo principal do direito do trabalho é regular as relações jurídicas entre empregado e empregador, ou seja, estabelece um negócio jurídico celebrado entre as partes; porém, é muito importante saber qual é a base do direito do trabalho, ou seja, que norteiam essa relação; chamamos essa base de princípios.

281

Cada ramo do direito possui seus princípios específicos; no direito do trabalho temos um rol de princípios que são: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da continuidade, princípio da inalterabilidade contratual lesiva, princípio da intangibilidade salarial, princípio da irrenunciabilidade de direitos. Ainda temos os princípios constitucionais, que são o princípio da dignidade da pessoa humana, o do não retrocesso social, e a valorização do trabalho humano, entre outros (TUROLLA, 2017).

Os Princípios são o alicerce das normas, ou seja, são a base que auxilia o legislador de forma mais efetiva, possuindo papel fundamental na ciência jurídica.

Cada ramo do direito, possui princípios específicos, sejam eles no direito do trabalho ou no direito penal, os princípios da constitucionais abrange todas áreas. Para Reale os princípios são conceituados da seguinte maneira:

São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por não terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa da práxis. (REALE, 2013, p. 299)

Há princípios para todas as formas; Reale (2013) classifica esses princípios como princípios onivalentes, plurivalentes e monovalentes.

Princípios onivalentes, quando são válidos para todas as formas de saber, como é o caso dos princípios de identidade e de razão suficiente; b) princípios plurivalentes, quando aplicáveis a vários campos de conhecimento, como se dá com o princípio de causalidade, essencial às ciências naturais, mas não extensivo a todos os campos do conhecimento; c) princípios monovalentes, que só valem no âmbito de determinada ciência, como é o caso dos princípios gerais de direito. (REALE, 2013, p. 285)

Esses princípios exercem uma tríplice função; a função interpretativa orienta o juiz aplicador ao real alcance, sendo ela um elemento de apoio; a função inspiradora é normativa, auxiliando na elaboração ou seja na criação das normas; por fim, a função integrativa, que é do ordenamento jurídico. Quando tiver ausência de disposição, poderá recorrer aos princípios gerais do direito, os chamados analogia iuris (REALE, 2013).

É correspondida pelo artigo 4º da lei de introdução das normas do direito brasileiro, caso a lei for omissa o juiz deverá analisar e decidir de acordo, com os costumes e analogia dos princípios. O artigo 8º da CLT é idêntico ao supracitado acima, sendo um retrocesso de princípios gerais, cada vez mais constante no direito contemporâneo.

Assim como Reale (2013) explica que os princípios originam preceitos fundamentais, como a intangibilidade dos valores da pessoa humana os relativos à autonomia da vontade e liberdade de contratar; à boa-fé como pressuposto da conduta jurídica; ao equilíbrio dos contratos, com a condenação de todas as formas de onerosidade excessiva para um dos contratantes; à exigência de justa causa nos negócios jurídicos; aos pressupostos de responsabilidade Civil ou Penal, etc.

Portanto, podemos concluir que os princípios são fundamentos essenciais no direito, dando-lhe apoio na coerência, justiça, democracia, na liberdade, na igualdade, na valoração, na dignidade entre outros, os quais são referentes de cada base, de cada área do direito.

O legislador reconhece que as normas não suprem todas as lacunas, sendo necessária a utilização dos princípios gerais do direito para cumpri-las; essas inúmeras situações imprevistas utilizam princípios gerais como

um recurso, já que, no momento em que a lei está sendo criada, é difícil enxergar esses inequívocos erros. Nem todos esses princípios gerais possuem a mesma eficácia, ou seja, forma de aplicação; sendo assim, há um específico para a sua determinada área, como por exemplo Direito civil, Direito do trabalho, Direito penal, entre as demais (SILVA, 2018).

Alguns exemplos informam a variedade dos princípios gerais, os quais são fundamentais no nosso ordenamento jurídico; entre eles estão a boa-fé, a intangibilidade dos valores da pessoa humana, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar. Considerando-se os demais princípios deste vasto acervo, verifica-se que os mesmos são suficientes para a verificação de que os princípios no direito não são de ordem moral ou econômica, mas sim elementos componentes do direito na experiência jurídica (REALE, 2013, p. 287).

2.1 Princípios específicos do Direito do Trabalho

O primeiro dos princípios do direito do trabalho é o princípio da Proteção, ao qual foi criado idealizado, porque se leva em conta a hipossuficiência do trabalhador, que por sua vez significa que o trabalhador na relação jurídica com o empregador é considerado a parte mais fraca, ou seja, não tem tantos poderes, não podendo quase nunca impor a sua vontade, sendo assim criadas normas de proteção ao trabalhador (TUROLLA, 2017).

Tendo em vista essa hipossuficiência do trabalhador, os subprincípios passam a ser aplicados de três formas; o 1º subprincípio é o *In dubio pro operário*, o qual é uma regra de interpretação jurídica, ou seja, quando a norma for interpretada deverá ser aplicada a mais benéfica para o empregado. Outra forma que pode ser encontrada é o *pro misero*. O 2º subprincípio da proteção é a norma mais favorável, ou seja, será aplicado ao trabalhador no caso concreto sempre a norma mais favorável a ele, independentemente se ela aparenta ser mais fraca do que a outra, ou seja, se ela se encontrar na pirâmide de normas, que é bem comum de ser estudada no direito constitucional. Por fim, o 3º subprincípio é a condição mais benéfica, que é um direito adquirido, ou seja, todas as situações e condições que foram ofertadas ao empregado no curso do vínculo de emprego passaram a ser direito adquirido, exposto no artigo 468 da CLT, Súmulas nos 51 e 288 do TST, e artigo 5º, XXXVI, da CF/1988 (GARCIA, 2017).

Há critérios para os quais a norma é mais favorável; de acordo com a teoria da acumulação, os diversos instrumentos normativos devem ser comparados individualmente, ou seja, escolhendo a norma mais favorável. O grande problema dessa teoria é que se pode criar um terceiro instrumento normativo.

Teoria da Acumulação propõe como procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas, o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador. À luz dessa teoria acumulam-se, portanto, preceitos favoráveis ao obreiro, cindindo-se diplomas normativos postos em equiparação. (DELGADO, 2014, p. 181)

A segunda teoria é a teoria do conglobamento, a qual estabelece que os elementos normativos devem ser comparados num todo, selecionando o conjunto mais benéfico ao trabalhador. A grande ênfase dessa teoria é a dificuldade em avaliar o sistema como uma totalidade, pois há variedades de temas.

284

Para Delgado (2014) tal teoria não fraciona preceitos ou institutos jurídicos. Segundo o referido autor, há uma apreensão global de cada conjunto normativo uma vez considerado o mesmo universo temático.

Ainda há uma terceira teoria, que defende que a norma deve ser buscada por meio das diversas regras de cada matéria, ou seja, de cada instituto, alguns autores a chamam da teoria do conglobamento mitigado. Além disso, para verificar a norma mais favorável, o empregado não deve ser considerado individualmente, mas sim a coletividade interessada.

Outro grande princípio importante no direito do trabalho é o princípio da primazia da realidade (art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002) que efetiva a realidade dos fatos, ou seja, o que vale é o que aconteceu, e não o que está escrito, se aplicando para ambas as partes no contato de trabalho. Trata-se de um dos princípios mais utilizados no dia a dia da justiça do trabalho, por estar atrelado à fraude trabalhista.

Plá Rodriguez (1993) explica que em situação de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, a preferência deve ser dada ao que realmente ocorreu, ou seja, ao terreno do factual.

Este princípio serve para demonstrar que, muitas vezes, situações existentes no dia a dia, como por exemplo a documentação, que deveria refletir o que acontece no vínculo de emprego, não passa de uma fraude trabalhista. Quando se percebe que a forma não condiz com a realidade, é aplicado o princípio da primazia para descartar esse documento, pois não produz efeitos, assim privilegiando a realidade.

Delgado (2014) reitera que a prática concreta efetivada no trabalho deve ser preferentemente pesquisada, independentemente da vontade manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. Alerta que a prática habitual altera o contrato pactuado, produzindo direitos e obrigações novos às partes contratantes. Esclarece também que:

O conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente a todos os matizes laçados pelo cotidiano da prestação de serviços, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviço, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego. (DELGADO, 2014, p. 300-1)

285

Portanto, se entende que o princípio da primazia da realidade é um importante princípio para buscar a verdade real em situações litigiosas.

Quanto ao princípio da continuidade, é fundamentado pela manutenção do pacto laboral; a CLT traz a possibilidade do contrato por prazo determinado e indeterminado, expostos nos artigos 442 e 443 da CLT, quando é presumido a forma mais benéfica para o trabalhador (BRASIL, 2017).

Essa presunção, ou seja, esse ônus da prova, está definido na Súmula nº 212 do TST, prevendo assim que ela se dará de forma contínua de que o vínculo foi firmado por prazo indeterminado, levando em conta que o empregador poderá provar o contrário.

Quando for contratado por prazo determinado, deverá se observar se aquela hipótese está descrita na lei, verificando o prazo máximo; há a possibilidade ou não de prorrogação, ou seja, uma série de requisitos para que essa contratação seja válida, se tratando de uma situação benéfica ao empregado. Um exemplo é o contrato de experiência, que possui um prazo máximo de 90 dias previsto em lei, contados conforme o calendário; ultrapassando um dia, será considerado contrato por prazo indeterminado.

É possível relacionar esse princípio com o artigo 10 e 448 da CLT, que retratam que a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetaram os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

O princípio da Inalterabilidade contratual lesiva trata do princípio exposto no dispositivo 468 da CLT, o qual tem como origem o direito civil e o princípio geral *pactasunt servanda*, não sendo possível alterar o contrato do trabalho se essas alterações lesarem o trabalhador, devendo ser observados e cumpridos (TELLES, 2010).

Esse princípio não impede alterações contratuais trabalhistas, apenas ações lesivas que venham a prejudicar o trabalhador. O empregador possui um direito para gerenciar o negócio, o chamado *jus variandi*, podendo alterar unilateralmente em casos excepcionais os contratos de trabalho, ou seja, pequenas alterações que não prejudiquem os trabalhadores (MARTINS, 2012).

Portanto, para possibilitar essa alteração contratual, é necessário o consentimento do empregado e a ausência de prejuízo; de acordo com o artigo 468 da CLT e, por sua vez, havendo prejuízo, não poderá ocorrer a modificação do contrato.

286

No entorno dessa questão, Saraiva (2010) disserta que é proibida a alteração nas relações de emprego que seja prejudicial, lesiva aos interesses do empregado; em contrapartida, as modificações que venham trazer maiores benefícios ao empregado serão sempre válidas. Este princípio também se aplica a uma exceção do artigo 7º da CF de 1988, o qual determina que pode haver redução do salário por meio de acordo coletivo, ou seja, aquelas negociações realizadas através do sindicato (BRASIL, 1988).

Já o princípio da intangibilidade salarial confere várias garantias salariais jurídicas, visto que o mesmo possui natureza alimentar, tendo origem do princípio da irredutibilidade, que está previsto no artigo 7º, inciso VI, da CF. Esse princípio determina que não é possível reduzir o salário do trabalhador, salvo mediante acordo coletivo ou por meio de convenção, podendo ser reduzido temporariamente, outros dispositivos que reforçam o princípio, como o artigo 468 da CLT, o qual impede qualquer modificação que não seja benéfica ao trabalhador, e o art. 8º, §1 da Convenção n. 95 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que proíbe os descontos salariais, com exceção aos previstos em lei.

Segundo Delgado, o princípio da Irredutibilidade é compreendido da seguinte maneira:

Interpreta-se ainda hoje, portanto, que a regra não assegura percepção ao salário real pelo obreiro ao longo do contrato. Tal regra asseguraria apenas a garantia de percepção do mesmo patamar de salário nominal anteriormente ajustado entre as partes, sem viabilidade à sua diminuição nominal. Noutras palavras, a ordem jurídica heterônoma estatal, nesse quadro hermenêutico, teria restringido a presente proteção ao critério estritamente formal de aferição do valor do salário. (DELGADO, 2006, p. 753)

O segundo princípio dentro da intangibilidade é o da impenhorabilidade absoluta, exposto no dispositivo 649, inciso IV do CPC e OJ SDI-2 do TST, ou seja, o salário não pode ser penhorado para o pagamento de dívidas; sendo assim, nenhum percentual do salário pode ser penhorado, a não ser que seja dívida de alimentos para o pagamento de pensão alimentícia (MARTINS, 2019).

Como terceiro e último ponto do princípio da intangibilidade, temos os descontos salariais, previstos no artigo 462 da CLT e Súmula nº 342 do TST (ver os artigos 459 e 465 da CLT); ou seja, poderá haver descontos salariais se este desconto estiver previsto em lei, como por exemplo desconto de INSS, retenção do imposto de renda, de pensão, mensalidade sindical, entre outros. Os descontos de planos de saúde só serão válidos mediante autorização previa por escrito do empregado, inexistindo figura de coação, e o desconto por dano causado por dolo do empregado poderá ser realizado sendo considerado totalmente válido; já o dano culposo só poderá ser descontado mediante autorização prévia (ALMEIDA, 2018).

Sexto e último princípio dos principais do direito do trabalho é a irrenunciabilidade de direitos, artigos 9º e 444 da CLT, o qual impede que o empregado perca direitos assegurados, ou seja, abra mão, renuncie. A legislação e normas são a maior parte de ordem pública, que interessam diretamente ao estado, sendo elas imperativas, obrigatórias e coagentes, devendo ser aplicadas no dia a dia.

Plá Rodriguez (1993) explica que o princípio da irrenunciabilidade está limitado a obstar a privação voluntária de direitos em caráter amplo e abstrato. Está limitado também à privação voluntária de direitos em caráter

restrito e concreto, prevenindo, assim, tanto a renúncia por antecipação como a que se efetue posteriormente. Segundo o autor referido, trata-se de um princípio com fundamento na indisponibilidade de certos bens e direitos, no cunho imperativo de certas normas trabalhistas e na própria necessidade de limitar a autonomia privada como forma de restabelecer a igualdade das partes no contrato de trabalho.

O princípio da irrenunciabilidade possui possibilidade restrita de flexibilização, a qual é muito buscada pelos empregadores, sem necessidade de procurar o sindicato dos trabalhadores; uma dessas flexibilizações consta no artigo 7º da CF, que é a probabilidade da redução de salário por negociação coletiva (BRASIL, 1988).

As regras imperativas de proteção do trabalho visam proteger a saúde do trabalhador; hoje em dia o empregado está trabalhando mais e descansando menos; em consequência, adoecendo, sofrendo acidentes de trabalho; sendo assim as normas de proteção hoje são fundamentais, e são interpretadas como de ordem pública, fundamentadas pela a súmula 437, II, do TST (intervalos), e Súmula nº 276 do TST (aviso prévio).

288

2.2 Princípios constitucionais do Direito do Trabalho

Existem ainda os princípios constitucionais do trabalho, presentes na CF de 1988, os quais são um verdadeiro alicerce na regulação das normas; entre eles, estão o princípio da dignidade da pessoa humana, o do não retrocesso social, e o da valorização do trabalho humano.

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no dispositivo 1º da CF, no seu inciso III, o qual constitui um ordenamento democrático do estado do direito, expresso no artigo 1º da declaração universal do direito dos homens de 1946: “Artigo 1º- Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”³.

³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>, com acesso em 15-4-2020.

A declaração dos direitos humanos de 1948 incorporou a ideia da dignidade da pessoa humana, concebendo essa ideia como o próprio fundamento dos demais princípios individuais e coletivos sendo eles direito à vida, direito à segurança, igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, liberdade de manifestação do pensamento, entre outros. Trata-se de um princípio de suma importância ao direito do trabalho, por estabelecer possibilidades de melhorias das condições precárias de vida dos trabalhadores.

Ou seja, esse princípio protege toda a vida humana de certa forma por combater qualquer conduta que venha a atingi-la. Ressalta-se acerca de tal princípio que “a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente” (DELGADO, 2008, p. 26). A dignidade da pessoa humana é descrita pelo doutrinador como a afirmação social do ser humano, onde desponta o emprego. Assim, “o conceito de direitos fundamentais do trabalho, mais uma vez, confunde-se com o Direito do Trabalho” (DELGADO, 2008, p. 26).

Portanto, diante do ponto de vista do doutrinador, fica ainda mais visível que o princípio da dignidade da pessoa humana possui ampla e efetiva aplicação no direito do trabalho, estando ele ligado estritamente ao direito constitucional, ou seja, um não vive sem o outro, sendo dois nortes diferentes, os quais estão sempre entrelaçados.

O princípio da valoração social do trabalhador está exposto no dispositivo 1º da CF, em seu inciso IV, de acordo com o qual a ordem econômica deve fundamentar a valoração do trabalho humano, elencado como um direito social (BRASIL, 1988).

Advoga-se que é por meio do trabalho que advém o sustento de todo o trabalhador e de sua família; é pelo trabalho que a humanidade se insere na participação social. Por este motivo, é de extrema importância que esse princípio seja enfatizado de suma valorização. O fato é que o direito possui uma dupla finalidade: a primeira é auxiliar nas premissas constitucionais; a segunda é possibilitar a evolução social, a qual possui necessidade de atualização de acordo com o tempo; contudo, o que tem ocorrido, é a diminuição do valor de proteção da norma.

O direito do trabalho é um direito de relações entre particulares, se tornando nas sociedades modernas um elemento formador da existência digna da pessoa, ressaltando ainda que as constituições contemporâneas passaram a entender que os elementos de proteção da valoração do trabalhador, entre outros, são de suma importância para o desenvolvimento social.

Delgado (2008) salienta a valorização do trabalho da CF, que já inicia em seu preâmbulo, sendo contemplada entre seus princípios fundamentais, e especificada entre os direitos sociais sendo, por fim, concretizada no plano da economia e da sociedade. O trabalho, segundo Delgado, encontra relação na Constituição com a ordem econômica e financeira e com a ordem social.

De um lado temos o empregado, o qual trabalha para obter a sua subsistência; de outro lado, o empregador, que possui custo de produção. Ou seja, não é por um acaso que a CF dá grande atenção ao direito do trabalho, o qual possui grande potencial de desenvolvimento social. Esse princípio não se restringe apenas aos arts. 1º e 7º da CF, mas também está contido no artigo 170, dispondo normas que dão ênfase ao desenvolvimento econômico social.

As relações de trabalho já nascem com regulamentação; o texto constitucional, ampara de certa forma, ou seja auxilia na interpretação dos seus próprios princípios. Já o princípio do não retrocesso social é um princípio social implícito; de acordo com esse princípio, o estado brasileiro não pode regredir nos avanços obtidos na área social. Pouco apreciado pela doutrina, é de grande aplicação prática e surpreende a todos, pois ele impede que um determinado direito social seja tirado do rol protetivo. Constitui um princípio autônomo, com eficiência própria (FILETI, 2009).

A Carta Magna considera que este princípio constitucional está elencado no seu artigo 3º inciso II, que diz: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) II – garantir o desenvolvimento nacional” (BRASIL, 1988).

Dentro desse horizonte, há projetos que são danosos e ofensivos à mancha civilizatória expressa por esse princípio. Alguns exemplos são: a terceirização nas relações de trabalho, redução da maioria penal, o Congresso Nacional e a demarcação de terras indígenas, entre os demais.

Porém, por que não podemos citar as horas *in itinere* como mais um exemplo de retrocesso social?

Ferreira (2015) disserta que as propostas legislativas apresentadas revelam dois horizontes bem definidos: caminhar em direção ao processo civilizatório de defesa à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais em respeito ao princípio constitucional do não retrocesso ou retorna à barbárie, onde a sociedade não é vista como detentora de direitos humanos e fica à mercê da instabilidade dos legisladores e da insegurança jurídica.

3 DA (IN)APLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS CONTRATOS DE TRABALHO EM VIGOR E O RETROCESSO SOCIAL DAS NORMAS TRABALHISTAS

A Lei nº 13.467/17 trouxe pontos negativos e positivos para os trabalhadores, porém a problemática que gira em torno deste estudo é se a mesma será aplicada aos contratos celebrados anteriores ou somente posteriores a vigência da lei atual, conforme intens a seguir.

291

3.1 Da aplicação da Reforma Trabalhista nos contratos de trabalho

A reforma trabalhista foi mais benéfica para o empregador, tendo em vista que, em uma análise geral, ela suprimiu direitos adquiridos ao longo de tempos, sem proporcionar outros direitos em contrapartida.

Neste cenário, um dos pontos que vem sendo bastante debatido é (in)aplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos de trabalho celebrados antes da reforma ou somente aos contratos posteriores à lei.

Como se pode ver, há duas interpretações diferentes. A primeira a ser citada é aplicação aos contratos celebrados antes da sua vigência; nesse contexto, surge o debate da aplicação temporal da nova lei, de forma que estabeleça uma definição se a reforma e os conceitos legais se aplicam exclusivamente aos novos contratos empregatícios, ou se aplicam em um todo.

Porém, para chegar a tal resposta, se devem analisar alguns pontos do sistema jurídico brasileiro, o qual prevê a aplicação imediata da lei ou preservar o princípio da irretroatividade (MAGALHÃES, 2018).

O princípio da Irretroatividade da lei está previsto no art. 6º do decreto lei 4657/42, o qual possui o conceito de que, quando uma lei entra em vigor, ela não atinge os fatos pretéritos (fatos que já passaram antes dela entrar em vigor). Sendo assim, só atingirá os fatos futuros após a sua entrada em vigor. Salienta-se que o artigo 5º, XXXVI, da CRFB/88, resguarda que a lei não prejudicará o direito adquirido, e o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Sendo assim, se recusa a ideia do direito retroagir as leis em situações que, por sua vez, já estão consolidadas, o que acarretaria a insegurança jurídica e discordância da capacidade da pacificação dos conflitos sociais. Registe-se que somente na lei penal, de acordo com o artigo 5º, no seu inciso XL, da CRFB/88, consta que a lei penal não retroagirá, exceto para beneficiar o réu. Porém, de acordo com as doutrinas, a retroatividade da lei pode ser classificadas de três graus diferentes: retroatividade mínima, retroatividade média, e por fim retroatividade máxima, cada uma com o seu conceito derivado.

292

A retroatividade mínima, também chamada mitigada/temperada, é caracterizada quando a lei nova preserva os fatos anteriores, assim como os efeitos pendentes; porém atinge instantaneamente os efeitos futuros. No entanto, vale ressaltar que alguns doutrinadores, ou seja autores, defendem a tese que a mesma não se enquadraria em um caso de retroatividade. Dessa forma, de acordo com Gonçalves: “Não se verifica propriamente a retroatividade, o que ocorre é tão somente a aplicação imediata da lei nova, que por sua vez seria uma situação intermediária entre a retroatividade e a irretroatividade” (GONÇALVES, 2008, p. 61).

Porém, de acordo com o Ministro Moreira Alves, em seu voto, no qual o mesmo cita Matos Peixoto, tais argumentos são inequívocos. Veja-se seu argumento, exposto em Recurso Ordinário: “Dúvidas não há de que, se uma lei alcança efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. Nesse caso, a aplicação imediata se faz, mas com efeito retroativo”.⁴

⁴Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região TRT3 – Recurso Ordinário Trabalhista 0010004-64.2016.5.03.0087 0010004-64.2016.5.03.0087. Relator: Marco Antonio Paulinelli Carvalho, 2019. Disponível em: <<https://trt3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/820446022/recurso-ordinario-trabalhista-ro-100046420165030087-0010004-6420165030087?ref=serp>>, com acesso em 20-4-2020.

Na área trabalhista o TST reconheceu a tal concepção de acordo com a Súmula 441⁵ no que diz a respeito: “O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011”.

Já o segundo grau seria a retroatividade média, que por sua vez é aquela que a lei não atinge os fatos anteriores, mas sim os seus efeitos que ainda não ocorreram, ou seja, os efeitos pendentes. Um exemplo é o contrato que possui uma prestação já vencida, mas que ainda não foi paga, o qual estaria sujeito a juros, sendo então o mesmo recalculado e ajustado de acordo com os juros atuais estabelecidos (RODRIGUES BIJES, 2013).

Por fim, a retroatividade máxima, conhecida também como restitutória, que é quando a lei nova vigente ataca fatos já consumados, ou seja, os atos pretéritos, violando e prejudicando o direito adquirido, ato jurídico perfeito e até mesmo a coisa julgada (CUNHA, 2015).

A tal retroatividade de grau máximo não é aceita pela doutrina majoritária, somente as teorias média e mínima são aceitas pela doutrina (RODRIGUES BIJES, 2015). Outro ponto importante a ser ressaltado é que somente a Constituição de 1937 acolheu a tal retroatividade (Máxima) possibilitando a edição de um Decreto-Lei regimentando situações pretéritas baseadas pelas decisões do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado (MAGALHÃES, 2018).

O Supremo Tribunal Federal foi forçado a se manifestar; porém, não concordou com a aplicabilidade retroativa da lei, afastando até mesmo a retroatividade mínima. Assim é possível citar nesse sentido as decisões proferidas como ADI 493 já citada anteriormente, a RE 1883669 e RE 211304, dentre outros demais. No entanto o STF não se pronunciou sobre a matéria no âmbito trabalhista, outro sim nos contratos de natureza civil e de consumo. Mas é de extrema importância verificar a sua aplicabilidade no âmbito trabalhista, desde o STF deu a entender que a sua tese predominante

⁵ Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 441. JurisWAY, Brasília, 25, 26 e 27 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?pagina=1&idarea=1&cidmodelo=31542>>, com acesso em 15-4-2020.

é a da inaplicabilidade da lei nova vigente a contratos anteriores, ainda que apenas ocorra resultados futuros.

É importante ser analisadas algumas especificações da lei trabalhista quanto a sua aplicação no tempo. Primeiramente, o direito do Trabalho possui natureza de ordem pública de acordo com o seu artigo 8º e 769 da CLT, de acordo com os quais a sua aplicação se dá independente da vontade das partes contratantes, porque a normas do direito do trabalho protegem os interesse públicos, e não meramente os privados.

Eis o que versa o artigo 912 da CLT: “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação” (BRASIL, 2017, p. 155). Porém, no tocante, alguns doutrinadores possuem pontos de vista alternados, como por exemplo Miziara (2017) que defende que apenas as normas que teriam aplicação imediata são as normas de ordem pública.

294
As tais mudanças atingiram o trabalhador não como contratante, mas sim como operário o que justificaria a aplicação da lei nova a contratos antigos. (TREMÉR & CALCINI, 2018). Porém mesmo essa concepção traduzindo uma visão institucionalista não possui uma negativa de caráter contratual. Nesse contexto em tela, há a necessidade de analisar o sistema de proteção ao trabalhador, e em si o direito adquirido. O direito adquirido é subdividido em duas espécies o sistema constitucional e o sistema legal, ambos com os seus conceitos derivados.

O direito adquirido constitucional adotado no Brasil está exposto na Constituição, que por sua vez, representa um nítido limite, não só para o julgador, mas também ao próprio legislador, que não poderá estabelecer elementos legais com efeito retroativo que lesem o mesmo. Já o direito adquirido legal permite que uma lei nova preveja sua efetiva aplicação retroativa, prevalecendo sobre os elementos legais que vedam a retroação normativa. A interpretação, portanto, seria que a proteção se destina ao julgador, e não ao legislador. Em que pese no sistema trabalhista o legislador está vinculado ao constitucional, de forma que, se violar o direito a aplicação retroativa, acarretará a inconstitucionalidade. Com a análise da reforma trabalhista, a Medida Provisória 808/2017 propunha a aplicação imediata, até mesmo aos contratos anteriores.

O direito adquirido no ordenamento jurídico brasileiro é quando o direito passa a integrar o patrimônio do indivíduo, procedendo todos os requisitos solicitados pela lei, independentemente de ser executado pelo seu efetivo titular. Há a concepção que diferencia o direito adquirido da mera expectativa de direito, a qual ocorre quando o indivíduo não preencheu todas as lacunas, ou seja, os requisitos, mas está no processo a caminho de executá-las. Porém, há quem entenda que o mesmo direito compreende também a concepção do ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ambos possuindo a proteção de um direito que já está finalizado, de forma perfeita, protegido pela ordem constitucional. Partindo do ponto de vista da Reforma Trabalhista, a tal conclusão resultaria na aplicação da lei nova aos contratos em vigor, inclusive quanto a dispositivos que restringem direitos legalmente previstos, salvo em hipóteses em situações jurídicas semelhantes, ou em que esses direitos estejam previstos no próprio contrato de trabalho (MAGALHÃES, 2018).

Assim concluindo, a primeira interpretação quanto à aplicação da reforma trabalhista no tempo, ela é aplicável aos contratos celebrados antes da vigência da nova lei, possuindo aplicação imediata, ainda que a mesma venha suprimir direitos. Porém a segunda interpretação doutrinária a ser citada é que boa parte da doutrina entende que há a inaplicabilidade em razão do princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

A Lei nº 13.467/17, publicada no dia 14 de junho de 2017, não trouxe na sua redação normas de direito intertemporal; já o artigo 2º da medida provisória 808/17, publicada poucos dias após a vigência da reforma trabalhista, dispõe que a mesma se aplica na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes. Porém, o texto da tal medida não solucionou o caso de forma satisfatória, devendo o intérprete socorrer-se às normas intertemporais previstas na Constituição federal e lei de introdução às normas do direito brasileiro, Lei nº 4.657/42 (NETO; WENZEL, 2018).

Como supracitado anteriormente, o artigo 1º e o 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42 aos quais regulam a lei no tempo, a tal lei estabelece que o ato jurídico perfeito é o ato já consumado. Lembrando que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal da carta maior, a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Portanto, de acordo com as análises sobre o direito adquirido, se chega à conclusão de que o mesmo está ligado à segurança jurídica, e de que este funciona como um empecilho à retroatividade. Consequentemente, a regra é a da não retroatividade da lei, de acordo com Sussekind: “Ela não se aplica controvérsias concernentes às situações jurídicas definitivamente constituídas antes de sua entrada em vigor” (SUSSEKIND et al., 2005, p. 170).

Desta maneira não há o que se falar, uma vez que os contratos de trabalhos encerrados possuem efeitos sobre égide a lei velha, ou seja a lei anterior está será aplicada, e não a lei atual vigente. Consequentemente, não há qualquer controvérsia acerca dos contratos celebrados sob a égide da Lei nº 13.467/17 e a ela se submeteram; o ponto importante e que vem sendo bastante debatido são os contratos celebrados antes da reforma da lei, que ainda estão vigentes, gerando efeitos jurídicos.

296 Dentre os principais argumentos da não aplicação da lei aos contratos anteriores celebrados, está a afronta ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito, garantidos pela CF.

As alterações da lei são inaplicáveis aos fatos que ocorreram até o dia 10 de novembro de 2017, visto que a relação material jurídica referentes findou antes do início da sua vigência. Somente terão aplicação as situações fática e jurídicas a partir do dia 11 de novembro de 2017, dia que passou a vigorar a lei nova. Nascimento (2008) entende que as regras básicas que resolvem os problemas de eficácia da lei trabalhista no tempo são o princípio da irretroatividade e o princípio do efeito imediato. Segundo o autor, a lei posterior revoga a anterior; essa revogação é expressa ou tácita; a primeira, quando literal no texto novo; a segunda, quando, embora não expressa, a revogação é depreendida, porque a matéria da lei nova é conflitante com a lei antiga. A irretroatividade é postulado jurídico, sendo que a lei nova não se aplica aos contratos de trabalho já terminados.

Inúmeros são os contratos de trabalhos que possuem várias cláusulas, as quais são de fontes normativas distintas e heterônomas que foram pactuadas antes da reforma e que continuam gerando efeitos. Com a publicação da reforma trabalhista verifica-se, dentre outros, um conflito importante: as situações ocorridas a partir do dia 11 de novembro de 2017

devem ser aplicadas com as cláusulas já existentes ou com as alterações ocorridas com a nova lei no contrato ainda vigente?

Salienta-se que não há direito adquirido para cláusula individual ou integral, independente da origem que ela é regulamentada. Sendo assim, é incorreto afirmar que as alterações da reforma trabalhista não se aplicariam aos contratos de trabalhos em vigor, na sede do direito material do trabalho, ou seja individualmente ou coletivamente.

Delgado (1999) explica que preceitos normativos e cláusulas contratuais tendem a aderir ao contrato de trabalho com intensidade e extensão temporais diferenciados. Segundo ele, essa aderência pode ser relativa ou absoluta, havendo tendência de ser relativa a aderência às normas jurídicas, enquanto que absoluta tende a ser a aderência às cláusulas.

De acordo com Delgado (1999) essas cláusulas não podem ser suprimidas, a menos que a supressão não provoque qualquer prejuízo ao empregado, conforme o art. 468, CLT. Na medida em que a jurisprudência tem negado caráter de norma jurídica aos preceitos componentes de regulamentos empresariais, considerando-os meras cláusulas normativas, também os preceitos desse tipo de diploma submetem-se à regência-padrão aplicável às cláusulas, isto é, o critério do art. 478 da CLT.

297

Primeiramente, é interessante fazer a análise do artigo 468 da CLT:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 2017, p. 76)

Portanto, não há a possibilidade de alterar um contrato de trabalho que venha a prejudicar o trabalhador, e essas alterações poderiam gerar um possível dano, ou seja, perda de direitos. O contrato de trabalho só poderá ser alterado se houver melhora, caso contrário ele não poderá ser modificado, de acordo com o princípio *pacta sunt servanda*, o qual vem do latim, e significa que os contratos e obrigações devem serem respeitados e cumpridos obrigatoriamente. Assim, o questionamento que emerge é: se o empregado concordar com essas mudanças no contrato, será possível a modificação do mesmo? Depende ; se a modificação não lesar a proteção do empregado,

sim; porém, se ela lesar de acordo com o princípio da irrenunciabilidade, o empregado não pode abrir mão da proteção que lhe é conferida.

Porém, o tal princípio não impede as alterações trabalhistas, mas restringe as alterações nas quais os empregados são prejudicados de alguma forma. Mas vale lembrar que o empregador possui o poder para gerenciar o seu negócio, o chamado *jus variandi* (pequenas alterações nas cláusulas do contrato de trabalho que podem ser impostas ao empregado); portanto, ele pode impor essas pequenas alterações, as quais não atrapalhem o empregado (CUNHA, 2018).

O *jus variandi* é bastante discutido na doutrina atualmente, ou seja, judicialmente, verificando se determinada modificação foi ou não em decorrência do mesmo, e se aquela obrigação poderia ser imposta, como por exemplo o horário de trabalho, que pode ser imposta pelo empregador. Quando a alteração foi maior, podemos chamar de alteração contratual lesiva.

298 A alteração contratual lesiva possui um requisito, de acordo com artigo 468 da CLT, qual seja: presença de prejudicialidade ao trabalhador (BRASIL, 2017). Contudo, a aplicação da reforma trabalhista, em alguns casos, fere o princípio da inalterabilidade contratual lesiva que, por sua vez, é aplicada sem a análise adequada, ou seja, não possuindo a tal verificação correta, não há como saber se a mesma será benéfica ou prejudicial ao trabalhador, assim gerando há inaplicabilidade contratual.

3.2 Interpretação sistemática no Direito do Trabalho: conflito entre o art. 4º da CLT e o art. 58, § 2º, do mesmo Diploma

As horas *in itinere* são as horas de deslocamento de casa ao local de serviço, que antes da reforma era considerada tempo à disposição do empregador, conforme requisitos presentes na redação anterior a reforma.

Todavia, com a reforma trabalhista houve a alteração do artigo 58, § 2º, da CLT, nos termos a seguir:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

[...]

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno,

caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (BRASIL, 2017, p. 25)

Constata-se que o tempo que o empregado gasta de sua casa até seu efetivo local de trabalho, inclusive no retorno para sua casa, nos ternos da CLT, não poderá mais ser computado como tempo à disposição de seu empregador, portanto esse período não seria mais compreendido na jornada de trabalho.

Ocorre que, em uma análise sistemática da CLT e os princípios apontados acima, há formas e fundamentos para reconhecer que o tempo à disposição do empregado gastos no período de deslocamento em tela poderá ser compreendido na jornada de trabalho.

Primeiramente, estabelecemos que a princípio é apenas uma questão de análise e interpretação do artigo 4º da CLT⁶, o qual poderá possibilitar a aplicação do tempo a disposição em relação as hora *in itinere*.

Neste linha de interpretação, no artigo exposto não há qualquer menção ao tempo gasto com transporte ou deslocamento da residência para o trabalho, de modo que aí temos a primeira contradição e incompatibilidade sistêmica, ou seja uma incoerência, cujas premissas não se coadunam com a respectiva conclusão, visto que o artigo da 4º da CLT, uma norma que estabelece uma regra geral é incompatível com o artigo 58, § 2º.

Logo, se fôssemos aplicar uma análise de características gramaticais e sintáticas no texto propriamente dito, a quem defende que deve ser aplicado na integralidade o artigo 58, § 2º, seria possível sustentar a tese de que o artigo 4º, em seu parágrafo 2º, ao não excluir o tempo gasto com transporte, está reconhecendo que o período de deslocamento integra o contrato de trabalho e deve ser considerado como à disposição do empregador, conforme afirmado no caput do artigo. Permanecendo assim a regra geral *ubi lex non*

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. BRASIL. Lei nº 13.467, 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#art1>, com acesso em 29-4-2019.

distinguit nec nos distinguere debemus (onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir) (JANON & GARCIA, 2018).

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Novaes Delgado, o conceito de tempo à disposição do empregado no ambiente de trabalho não é afetado pela eliminação das horas *in itinere*:

Embora a má redação do novo texto do § 2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo - não podendo, desse modo, prevalecer. (DELGADO e DELGADO, 2018, p. 122)

Vale lembrar que os seis primeiros artigos da CLT são os artigos essenciais, que definem a consolidação da lei do trabalho para a interpretação dos demais preceitos, devendo os mesmos ser seguidos como base.

Veja-se o artigo 1º, que institui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho; o artigo 2º, que apresenta o conceito de empregador; o artigo 3º, que apresenta o conceito de empregado; o artigo 4º, que dispõe acerca do tempo à disposição; o artigo 5º, que trata da igualdade salarial; o artigo 6º e último, que dispõe acerca do local de trabalho.

Portanto fica claro que é o artigo 58, § 2º, contraria o artigo 4º da CLT, uma vez que é impossível contrariar os elementos estruturais definidos pelos artigos fundamentais (JANON; GARCIA, 2018).

Não é apenas o artigo supracitado acima que não coincide com os preceitos de interpretações sistemáticas do artigo 58, § 2º, da CLT, a diversas outras doutrinas, para chegarmos à conclusão que sim as horas *in itinere* devem ser consideradas tempo à disposição do empregador, sendo ele rural ou urbano, preenchendo os requisitos legais, sendo o local de difícil acesso, não havendo transporte público para a deslocação ou que utilize o transporte fornecido pelo empregador, o tal artigo não se sustenta diante do princípio constitucional que veda o retrocesso social.

3.3 Da (in)aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho em vigor e o retrocesso social dos direitos trabalhistas: o caso das horas *in itinere*

Como visto anteriormente, a Lei nº 13.467/17 só se aplica aos

contratos de trabalho celebrados após a sua vigência; porém outro ponto relevante de ser estudado, que afasta a redação do artigo 58, § 2º, da CLT é o princípio da vedação do retrocesso social.

Para Canotilho (2003) os direitos fundamentais devem ser dotados de garantias e estabilidade em relação às conquistas já alcançadas pela sociedade em relação ao legislador. Para ele, os direitos são subjetivos, de natureza negativa, ou seja, o estado não pode suprimi-los, aplicando-se a vedação ao retrocesso de forma estrita principalmente para os direitos sociais (saúde, educação) ligados também aos princípios da confiança legítima e da segurança legítima; o legislador não podem reduzir ou retroceder direitos já estão positivados, estáveis no ordenamento jurídico,

Portanto, o princípio impede a supressão dos direitos sociais, como foi o caso da eliminação das horas in itinere na reforma da lei trabalhista, gerando prejuízo especificamente para os trabalhadores, tratando-se de uma consequência da estrutura fundadora consagrada no artigo 1º, inciso III, artigo 5º, § 1º e § 2º, e no artigo 7º, *caput*, todos da Carta Magna, os quais possuem incidência com o artigo 26 do Pacto San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil pelo Decreto 678/92 (JANON & GRACIA, 2018).

301

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecem e identificam que o princípio da vedação do retrocesso social é um princípio implícito na Constituição da República. É importante destacar que a suprema corte já identificou, de forma expressa, que a vedação do retrocesso social se aplica aos direitos trabalhistas. No julgamento em que se discutia a recepção do artigo 384 da CLT, o Ministro Celso de Mello defendeu a força supra normativa da cláusula que vedava o retrocesso Social, sustentado que: “Como se sabe, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”.⁷

Um ponto interessante de ser citado é que no acordão, o qual

⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658.312. Relator: Min. Dias Toffoli. Florianópolis, 27 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>>, com acesso em 15-4-2020.

possuía como relatora a ministra Kátia Magalhães Arruda, o TST confirmou reconhecendo que o direito às horas *in itinere*, está protegido pelo princípio da vedação do retrocesso social, já que a remuneração do tempo à disposição do empregador faz parte da realidade do trabalhador.

[...] o art.7º. da Constituição Federal revela-se como uma centelha de proteção ao trabalhador a deflagrar um programa ascendente, de afirmação dos direitos fundamentais. Quando o caput do mencionado preceito constitucional enuncia que irá detalhar o conteúdo indisponível de uma relação de emprego, e de logo põe a salvo ‘outros direitos que visem à melhoria de sua condição social’, atende a um postulado imanente aos direitos fundamentais: a proibição de retrocesso.⁸

Tendo como fundamentação legal do voto condutor o art. 7º, caput da Constituição Federal, prevê as garantias fundamentais para as melhores condições sociais de vida dos trabalhadores, sendo eles urbanos ou rurais, ou seja, sem distinção, positivando assim o princípio da proteção, o qual é um dos principais princípios que rege o direito trabalhista, se desdobrando, assim, o princípio do não retrocesso social.

302

Com a análise de artigos, livros, jurisprudências, enfim, do vasto acervo que foi estudado e exposto ao decorrer do caso em tela, chega-se à conclusão de que as horas *in itinere* continuam sendo devidas a todos os trabalhadores, sendo eles rurais ou urbanos, tendo em vista que a aplicação do artigo 58, parágrafo 2º da CLT não se sustenta diante do princípio constitucional que veda o retrocesso social.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho traz consigo o estudo da reforma trabalhista, em especial, quanto ao tema das horas *in itinere*, as quais deixaram de serem consideradas como integrantes da jornada de trabalho, com a redação da reforma trabalhista.

Ademais, observa-se ainda, a discussão se a reforma se aplica a

⁸ Tribunal Superior do Trabalho. Processo Nº ED-AgR-AIRR-0000184-47.2014.5.24.0106. Relatora Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 12 de dez. de 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/164096314/processo-n-0000184-4720145240106-do-tst>>, com acesso em 15-4-2020.

todos os contratos de trabalho vigentes ou só àqueles celebrados após a sua vigência.

Assim sendo, a partir de pesquisas na doutrina e na legislação, observa-se que a Lei nº 13.467/17 não se aplica aos contratos de trabalho celebrados antes de sua vigência; tal inaplicabilidade vem justificada em razão do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, sendo que a lei nova não trouxe normas de direito intertemporal. Assim, foi necessário analisar as normas previstas na Constituição Federal de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 4.657/42), ou seja, a aplicação da lei no tempo.

Por exemplo, o ato jurídico perfeito, que é o ato já consumado, o direito adquirido está ligado a um obstáculo: a retroatividade da lei. Portanto, quando um contrato de trabalho foi encerrado, e produziu efeitos sob a égide da lei anterior, a lei antiga será aplicada; o principal argumento aqui é o desrespeito do direito adquirido, e ao ato jurídico perfeito, os quais são garantidos pela Constituição Federal.

Salienta-se, com isso, que a Lei nº 13.467 é inaplicável para relações jurídicas materiais que findaram antes da sua vigência, ou seja, aos fatos que ocorreram até o dia 10 de novembro de 2017. Portanto, somente serão aplicadas a partir do dia 11 de novembro de 2017, no dia da sua vigência, sendo assim aplicadas de forma direta e imediata. Logo, a lei deveria ser aplicada apenas aos contatos de trabalho celebrados após a sua vigência.

Inúmeros são os contratos de trabalho que possuem várias cláusulas, que são de fontes normativas distintas e heterônomas; lembre-se que não há direito adquirido para cláusula individual ou integral, independente da origem em que ela é regulamentada. Assim, é necessário analisar a origem normativa da cláusula do contrato individual de trabalho, o qual possui cláusulas e fontes normativas diversas, tratando-se do princípio da aderência contratual, ou seja, a inalterabilidade contratual lesiva.

Portanto, não há a possibilidade de alterar um contrato de trabalho que venha a prejudicar o trabalhador; só poderá ser alterado se houver melhora. Porém, o princípio não impede as alterações trabalhistas, apenas restringem as modificações no qual o empregado venha a ser lesado, lembrando que o empregador possui o poder para gerenciar o seu negócio, o

chamado *jus variandi*, que são pequenas alterações nas cláusulas do contrato de trabalho que podem ser impostas ao empregado.

A alteração contratual lesiva possui como requisito o prejuízo ao empregado. Logo, quando a cláusula for originária de uma norma jurídica contratual, a qual for decorrente do mútuo consentimento, será aplicada a norma mais benéfica, ou seja, o princípio da inalterabilidade contratual. Portanto, em qualquer imposição pela lei nova que colida com esta cláusula, há de se observar e respeitar os princípios, aplicando o direito adquirido. Porém, se a cláusula individual for originária de uma norma jurídica coletiva, deve ser aplicada a regra de vigência temporal no prazo máximo de dois anos, sendo vedada a ultratividade e validada no período de sua vigência (princípio da legalidade) pelo instrumento originário legal, por exemplo, quando analisado as normas coletivas de trabalho.

304 Além disso, a modificação do artigo 58, § 2º, da CLT, que trata do tempo que o empregado gasta de sua casa até seu efetivo local de trabalho, inclusive no retorno para sua casa, ainda que o local seja de difícil acesso e não seja servido por transporte público, ou que o transporte seja fornecido pela empresa, que anteriormente era computado como tempo à disposição, não poderá mais ser computado como tempo à disposição de seu empregador, portanto deixando o conceito de horas *in itinere* de existir.

Contudo, há um conflito de normas entre o artigo art. 4º da CLT, no qual não há qualquer menção ao tempo gasto com transporte ou deslocamento da residência para o trabalho, sendo o mesmo um dos artigos vertentes do direito do trabalho, devendo ser usado como de base pelos demais, que não coincide com os preceitos de interpretações sistemáticas do artigo 58, § 2º, da CLT.

Outro ponto relevante a ser citado, que afasta a redação do artigo 58, § 2º, da CLT, é o princípio da vedação do retrocesso social; o princípio impede a supressão dos direitos sociais, como foi o caso da eliminação das horas *in itinere* na reforma da lei trabalhista, gerando prejuízo especificamente para os trabalhadores.

Nunca é tarde para apontar que os direitos fundamentais que estão expressos na Constituição Federal de 1988 estabelecem a responsabilidade do Estado em garantir e concretizar esses direitos, a

fim de que a sociedade possa gozar de seus direitos sem correr o risco de retroceder no tempo.

Nesse sentido, conclui-se que as horas *in itinere* continuam sendo integrantes da jornada de trabalho, sendo eles rurais ou urbanos, tendo em vista que a aplicação do artigo 58, §2º, da CLT não se sustenta diante do princípio constitucional que veda o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. Possibilidade de Desconto Salarial de Bens e Serviços em face do art. 462 da CLT e Súmula nº 342 do TST. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://silvioalmeida.jusbrasil.com.br/artigos/596510194/possibilidade-de-desconto-salarial-de-bens-e-servicos-em-face-do-art-462-da-clt-e-sumula-342-do-tst#_ftnref1>. Acesso em: 1º de novembro, 2019.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do trabalho**: remuneração, duração do trabalho e direito coletivo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988

305

_____. **Lei nº 10.243**, de 19 de junho de 2001. Acrescenta parágrafos ao art. 58 e dá nova redação ao § 2º do art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10243.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Lei nº 13.467**, 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#art1>. Acesso em 29 abr. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

CREMONESI, André. Jornada de trabalho. *In*: MONTEIRO, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira; GRANCONATO, Márcio Mendes. **Reforma Trabalhista**. São Paulo: Foco, 2017, p. 61-84.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Distinção entre Retroatividade Máxima, Média e Mínima. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/198257086/distincao-entre-retroatividade-maxima-media-e-minima>>. Acesso em 16 abr. 2020

CUNHA, Douglas. Princípio da inalterabilidade contratual lesiva e Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://douglascr.jusbrasil.com.br/artigos/613042258/principio-da-inalterabilidade-contratual-lesiva-e-principio-da-indisponibilidade-dos-direitos-trabalhistas>>. Acesso em 14 abr. 2020

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **A Reforma Trabalhista c. comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2018.

FERREIRA, Antônio Oneildo. Princípio constitucional do não retrocesso: entre a barbárie e a civilização. **Jota Opinião e Análise**, agosto, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/principio-constitucional-do-nao-retrocesso-06082015>. Acesso em: 24 de novembro de 2019.

306

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

JANON, Renato da Fonseca; GARCIA, Cynthia Gallera, Reforma trabalhista não acabou com o direito às horas *in itinere*. **Revista Consultor Jurídico**, 4 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-04/opiniao-reforma-trabalhista-nao-acabou-horas-in-itinere>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso do direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAGALHÃES, Joalvo. Aplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos celebrados antes da sua vigência. **Jota Opinião e Análise**, 22 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pensando-direito/aplicabilidade-da-reforma-trabalhista-aos-contratos- celebrados-antes-da-sua-vigencia-22022018>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MARTINS, Kely Mara. A possibilidade de penhora de parte do salário, como instrumento de efetivação da execução de créditos trabalhistas, **Jusbrasil**, Minas Gerais, 2019. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/670813996/a-possibilidade-de-penhora-de-parte-do-salario-como-instrumento-de-efetivacao-da-execucao-de-creditos-trabalhistas>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MIZIARA, Raphael. **Manual da nova Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2008.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 51, p. 127-148, jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/125435>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. Wagner Gigli. 1. ed. São Paulo: LTr, 1993.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES BIJOS, Vinícius. Conflito de leis no tempo: é possível uma lei retroagir e alcançar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada? **Direito Net**, 28 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8296/Conflito-de-leis-no-tempo-e-possivel-uma-lei-retroagir-e-alcancar-o-ato-juridico-perfeito-o-direito-adquirido-e-a-coisa-julgada>>. Acesso em: 16 abr. 2020.

SILVA, Walber Carlos da. Normas, princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus.com.br**, fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64137/normas-principios-e-regras-no-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 2 out. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993.

TELLES, Ana Paula de Moura. Princípio da inalterabilidade contratual lesiva no direito do trabalho. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2645, 28 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17504/principio-da-inalterabilidade-contratual-lesiva-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 1º nov. 2019.

TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo. **Reforma trabalhista primeiras impressões**. Campina Grande/PB: ABEU, 2018.

TUROLLA, Rodolfo. 6 princípios do direito do trabalho. **Politize**, 30 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/principios-do-direito-do-trabalho/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.