

A INCONSTITUCIONALIDADE DO TEMPO DE ESPERA DO MOTORISTA PROFISSIONAL



Adriana Custódio Xavier de Camargo¹

Gustavo Xavier de Camargo²

Resumo: Este artigo explicita os caminhos que levam à conclusão pela inconstitucionalidade do art. 235-C, §§ 1º, 8º, 9º, 10º, 11 e 12, da CLT, referente ao tempo de espera do motorista profissional, partindo da análise da dupla fundamentalidade do direito a uma jornada digna, passando pelas exigências necessárias para o estabelecimento de limitações aos direitos fundamentais, chegando à conclusão definitiva da inconstitucionalidade também pelo princípio da vedação ao retrocesso.

Palavras-chave: Motorista profissional. Tempo de espera. Inconstitucionalidade. Princípio da proibição ao retrocesso.

41

1 INTRODUÇÃO

O trabalho humano digno tem sido propósito de diversas normas internacionais e nacionais e razão de ser da criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, após o fim da Primeira Guerra Mundial. E, já na primeira Conferência Internacional do Trabalho, realizada no ano de sua criação, foram elaboradas 6 convenções e a n° 1 trata, exatamente, da limitação da jornada de trabalho.

Entretanto, questão de tamanha relevância não nasceu neste documento, sendo reivindicação e conquista histórica, fruto de lutas do operariado, dos movimentos sindicais e de outras instituições, inclusive

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC/SP), Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, adriana.camargo@trt12.jus.br.

² Especialista em Administração pelo Insper (MBA) e Bacharel em Direito pela Unochapecó, gustavoxcamargo@gmail.com.

da Igreja Católica, que, em maio de 1891, publicou a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, da lavra do Papa Leão XIII(1891), que dispõe:

Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.

A actividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem.

Alimitação das horas de trabalho também foi objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu artigo XXIV(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948),e sua redução progressiva é tema da Recomendação n. 116 da OIT(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1962).

Já, no Brasil, as primeiras leis brasileiras que tratam da duração do trabalho datam de 1891 (Decreto n. 313), porém, ficou restrito ao então Distrito Federal, conforme explicita Sússekind (SÜSSEKIND, MARANHÃO, et al., 2005, p. 806), as demais vieram após a Revolução de 1930 e datam de 1932 em diante.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988, no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Direitos Sociais), art. 7º, XIII, dispõe sobre a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

Trata-se de direito fundamental, material e formalmente, além de direito humano, pois como ensina Comparato(2016, p. 707):

Felizmente, em contraste com o desnorteamento e o caráter mundialmente predatório do capitalismo, assistimos à progressiva formação do conjunto dos direitos humanos como um sistema, no sentido que este conceito assume hoje na biologia e nas ciências humanas. Nos mais diversos países, assim como no plano das relações internacionais, reforça-se continuamente a conexão entre direitos individuais e direitos sociais, entre direitos dos povos e direitos da humanidade. Nesse ambiente comunitário em progressiva expansão, tudo se submete ao princípio da igualdade fundamental dos seres humanos, com a preservação de suas legítimas diferenças biológicas e culturais.

Porém, no Brasil, em 30 de abril de 2012, foi publicada a Lei nº 12.619 (para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional), que inseriu a Seção IV-A, no Capítulo I, do Título III, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, referindo-se ao Serviço do Motorista Profissional. A referida lei acresceu na CLT, dentre outros, o art. 235-C, que trouxe o conceito e a regulação do malfadado tempo de espera, inconstitucional por violação de direito fundamental.

Tamanha foi a celeuma criada pela disposição do art. 235-C da CLT, dada pela Lei nº 12.619/2012, que, em 2015, a Lei n. 13.103, de 2 de março, revogou grande parte do dispositivo legal, dando-lhe nova redação. Entretanto, a inconstitucionalidade não somente foi mantida, como foi intensificada.

Este artigo explicita os caminhos que levam à conclusão pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, partindo da análise da dupla fundamentalidade do direito a uma jornada digna, passando pelas exigências necessárias para o estabelecimento de limitações aos direitos fundamentais, chegando à conclusão definitiva da inconstitucionalidade pelo princípio da vedação ao retrocesso.

2 DIREITO À JORNADA DIGNA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A declaração (ainda potencial) de inconstitucionalidade de uma norma jurídica pela violação de um direito fundamental passa, necessariamente, pela identificação da norma constitucional atingida como norma de direito fundamental.

Há um motivo claro para o rigor desta identificação, principalmente quando se trata de direitos fundamentais sociais ou de segunda geração. Os direitos fundamentais criam limitações ao poder normativo do Estado, acarretando verdadeira vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Essa vinculação, bem destaca Ingo Sarlet (2015, p. 385), “significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação do âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora”. Isso se explicita no art. 5º, §1º, da Constituição Federal,

que, ao dar aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, segundo o mesmo autor, “gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”. Feita tal justificação, cumpre-se, agora, o dever de caracterização do direito a uma jornada digna como direito fundamental.

A caracterização do direito a uma jornada digna, cujo mínimo garantidor da dignidade também é estabelecido na Carta Política de 1988, pode ser estabelecida sem alto grau de complexidade. Em função do rigor exigido em todo o processo de análise de (in)constitucionalidade de normas, esses autores adotam a conceituação de direitos fundamentais baseada na dupla fundamentalidade, formal e material. Estes autores deixam consignadas, desde logo, suas posições acerca da plena validade dos direitos fundamentais exclusivamente materiais, abertura constitucionalmente imposta pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, bem como da impossibilidade, ainda na visão desses autores, de existência dos direitos fundamentais meramente formais, por considerar essa hipótese uma indevida invasão às atribuições do Poder Constituinte. De toda sorte, a opção por caracterizar a fundamentalidade do direito à jornada digna pelo critério da dupla fundamentalidade foi escolhido para que não se sobre dúvidas quanto a seu caráter de direito fundamental, mesmo para aqueles que adotam conceitos mais restritivos para defini-lo.

Do ponto de vista formal, não se guarda a menor dúvida. O texto da constitucional foi topologicamente preciso ao estabelecer os direitos sociais como um capítulo sob o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Neste sentido, perfeitamente atendida a exigência de fundamentalidade formal da jornada digna, cujos parâmetros foram consignados no inciso XIII do art. 7º da Constituição Federal.

Nesse ponto, importante considerar a natureza do direito estabelecido no dispositivo constitucional como eminentemente individual, apesar de constante do capítulo dos direitos sociais, atraindo, de forma praticamente incontroversa, a proteção da reserva legal prevista no art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna. Nesse sentido, importante ampararmo-nos na doutrina de Sarlet (2015, p. 225), que, de forma bastante didática, separa as motivações que levaram à classificação de tais direitos como sociais, de sua titularidade:

os direitos sociais não são sociais pelo fato de serem, em primeira linha, ou mesmo exclusivamente, direitos coletivos, no sentido de sua titularidade ser eminentemente coletiva. Os direitos sociais assim foram e têm sido designados por outra razão (...), ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia de acesso a determinados bens e serviços por parte de parcela da população socialmente vulnerável, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibição de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria - e desequilíbrio - de poder econômico e social.

Ademais, mesmo que se fixe na polêmica acerca dos direitos fundamentais prestacionais, muitos deles de cunho programático, não é este, evidentemente, o caso do inciso XIII do art. 7º, nem mesmo do inciso XVI, que o complementa, seja porque efetivamente não são esses direitos prestacionais, seja por se tratarem de normas fechadas, de alta densidade normativa.

Fica em aberto, ainda e por enquanto, a caracterização da jornada digna como direito materialmente fundamental. Na trilha do magistério de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 407), pode-se definir direitos fundamentais materiais como “os direitos subjectivamente confortadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal”. Como se pode notar, pelo alto grau de abstração da própria definição, faz-se necessário a utilização de um critério mais sólido para a caracterização de um direito como materialmente fundamental. Assim, a análise de seu reconhecimento histórico como garantidor, em última instância, da dignidade humana, seja no âmbito internacional, seja no âmbito de um ordenamento jurídico específico, ganha força como critério de caracterização.

A partir dessa análise, também não sobra dúvida quanto à qualidade materialmente fundamental do direito à jornada digna, inclusive com o estabelecimento, no texto normativo, dos contornos de

concretização. Cumpre lembrar, nessa seara, que a Convenção número 1, da Organização Mundial do Trabalho (OIT), de 1919, trata, exatamente, da duração do trabalho no âmbito industrial. Apesar de o Brasil não ser signatário desta convenção, a sua própria existência, já estabelecendo limites claros para a duração do trabalho no início do século XX, limites esses frutos de processos de reivindicação e de lutas sociais, garantem, per si, o caráter materialmente fundamental, historicamente baseado, do direito a uma jornada digna com parâmetros normativamente pré-definidos. Não à toa, já em 1932, Getúlio Vargas assinou os decretos nºs 21.186 e 21.364, que dispunham, respectivamente, sobre a duração do trabalho no comércio e na indústria, adotando uma jornada de 8 horas, extensíveis a 10 horas mediante pagamento de valor adicional (SÜSSEKIND, MARANHÃO, *et al.*, 2005, p. 806).

Um aspecto curioso e particularmente importante no escopo desse trabalho diz respeito à classificação do transporte como categoria equiparada a estabelecimento industrial. Assim, o art. 1º da Convenção nº 1 da OIT considera, no seu item ‘d’, como estabelecimento industrial, “o transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada, via férrea ou via de água, marítima ou interior, incluindo a conservação de mercadorias em docas, cais, embarcadouros e entrepostos, com exceção do transporte manual”. Assim, já no início do século XX, afasta-se, no âmbito internacional, hipótese de excepcionalidade dos motoristas no que tange à jornada de trabalho.

Com tudo isso posto, fica evidente a caracterização do direito à jornada digna como direito fundamental, em suas duas dimensões de fundamentalidade, formal e material. Passa-se, portanto, à análise de (in)viabilidade do estabelecimento de limites, pelo legislador, a esse direito.

3 A (IN)VIABILIDADE DO ESTABELECIMENTO DE LIMITES, PELO LEGISLADOR, AO DIREITO À JORNADA DIGNA

Como já apontado anteriormente, a análise de constitucionalidade de uma norma em face de um direito fundamental passa, necessariamente, pela identificação de uma potencial ação inadequada do legislador, ultrapassando restrições que têm, por objetivo,

preservar a máxima eficácia dos direitos fundamentais. E é, exatamente, na vigilância desses limites que atua o Poder Judiciário.

A vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais se dá não apenas em uma dimensão negativa, ou seja, na vedação à aplicação de normas contrárias à Constituição, *status* ostentando tanto material quanto formalmente pelos direitos fundamentais expressamente consignados no Texto Constitucional, mas como apontado por Ingo Sarlet (2015, p. 390) a partir dos ensinamentos de Jorge Miranda, tal vinculação também possui uma dimensão positiva, “no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico”.

Esse processo passa, necessariamente, por um detido trabalho de identificação da constitucionalidade de limites impostos, tanto pelo legislador quanto pelo constituinte derivado, aos direitos fundamentais potencialmente atingidos pela norma posterior.

A bem da maior precisão metodológica, faz-se necessário explicitar, desde o início, que esses autores adotam a teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, por alinharem-se à ideia de que, na dicção de Canotilho (2003, p. 1281), “o ‘exercício de um direito’ não está já, de antemão, limitado por reserva de ‘amizade’ ou de ‘não danosidade’; o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade ou garantia ‘insusceptível de restrições’ é mesmo, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições”. Na esteira dessa teoria, há um direito ilimitado (posição jurídica *prima facie*), quando considerado em si, cobrindo todo seu âmbito de proteção, e sobre o qual podem ser impostas limitações, externas a esse direito, criando assim uma posição jurídica definitiva.

Reputa-se essa teoria como mais adequada, do ponto de vista hermenêutico, por impor ao estabelecimento do limite, já que externo, um ônus de justificativa. Nas palavras de Sarlet(2015, p. 408):

Percebe-se, desde logo, que tal distinção entre âmbito de proteção e limites oferece significativas vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática, correspondendo à **exigência de transparência metodológica**, especialmente por não misturar interesses divergentes, além de implicar que o **ônus**

da justificativa de uma restrição recaia sobre o intérprete que a invoca, o que apenas reforça a tese de que os fins não podem jamais justificar os meios, visto que não apenas o resultado, mas, sobretudo o caminho percorrido da conversão de uma posição *prima facie* (âmbito de proteção) em um direito (ou garantia) definitivo(a) afigura-se decisivo e viabiliza o controle de todo o processo. (grifo nosso)

Há, também, distinguir limitação de direitos fundamentais de sua conformação, ou seja, de normas jurídicas, principalmente de matiz infraconstitucional, que detalham determinado direito fundamental, possibilitando, assim, seu exercício. Esse é, exatamente, o caso do art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao estabelecer a ideia de período de serviço efetivo, conceito informador necessário para a plena efetivação do direito fundamental a uma jornada digna, previamente estabelecido pela Constituição Federal.

Não se pode dizer, aliás, que a legislação trabalhista, em qualquer de seus dispositivos normativos, estabeleça restrição ao direito fundamental de uma jornada de trabalho digna, conforme inscrito pelo Texto Constitucional.

Atentando-se, a título de exemplo, ao controle de jornada externa, observa-se, apenas, a não obrigatoriedade de controle da jornada pela empresa, ou seja, a responsabilidade por controlar - e, por conseguinte, limitar a jornada - passa do empregador para o empregado, em nada limitando, portanto, o direito à jornada digna. Corroborando essa posição, de não afetação do direito fundamental de jornada digna pelo trabalho externo, o fato de, mesmo nesses casos, se retomar a exigibilidade de controle pelo empregador caso exista disponibilidade de instrumentos tecnológicos capazes de viabilizar tal controle. Esse é, exatamente, o caso dos motoristas, cada vez mais submetidos a sistemas de controle, não apenas de deslocamento e velocidade, mas principalmente de geolocalização e análise de dados originados de equipamentos de controle de comportamento e atividade (sensores, câmeras, etc.).

O mesmo se observa no caso dos cargos de confiança. Não há, nessa hipótese, também, a restrição ao direito fundamental à jornada digna. O que se faz, ao menos normativamente, é estabelecer uma contraprestação pecuniária decorrente da pressuposição, em decorrência

de determinada situação fática, da frágil efetividade (eficácia social) do direito fundamental.

Tal presunção de fragilidade, ou seja, de que o contexto fático frequentemente impõe circunstâncias de não efetividade, está expressa e diretamente disposta no Texto Constitucional, no inciso XVI do mesmo art. 7º, ao estabelecer que as horas de serviços extraordinários serão remuneradas, no mínimo, com valor cinquenta por cento superior ao da hora normal. Trata-se, portanto, não de limitação, mas de reconhecimento do direito fundamental de uma jornada digna, bem como de estabelecimento de compensação em casos de seu não cumprimento, sendo também a compensação, por força do Texto Constitucional, alçado à categoria de direito fundamental.

Ainda considerando o verdadeiro sistema de proteção à jornada digna estabelecido na Carta Política de 1988, pode-se extrair, com exatidão e relativa facilidade, a previsão de três estados do trabalhador quanto à alocação de seu tempo: primeiro, o tempo de trabalho normal; segundo, o tempo extraordinário, que excede o tempo normal; e terceiro, por exclusão, o tempo de descanso. Nesse sentido, importante avaliar a receptividade, pela Constituição de 1988, do art. 4º da CLT, que estabelece:

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.

Não há dúvida quanto à receptividade literal da parte inicial do dispositivo legal que dá contorno mais claro à jornada de trabalho ao definir, com exatidão, o período de serviço efetivo. Já a parte final, que estabelece uma potencial flexibilização do conceito por “disposição especial expressamente consignada” deve ser alvo de uma interpretação conforme a Constituição, possibilitando, a flexibilização no sentido de aumentar a eficácia do direito fundamental à jornada digna, mas impedindo ajustes com potencial de mitigá-lo, já que não há autorização constitucional, seja ela expressa ou mesmo não escrita, que a tornem viável.

Com tudo isso posto, passa-se, então, à avaliação da incidência

das hipóteses de limitação dos direitos fundamentais. Para tanto, a tipologia de limites enunciada por Canotilho é especialmente adequada. Para o emérito professor de Coimbra, há três tipos de limites ou restrições possíveis, no âmbito dos direitos fundamentais (2003, p. 1276 e ss.):

- (1) Restrições constitucionais diretas ou imediatas, ou seja, restrições directamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais;
- (2) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição (reserva de lei restritiva);
- (3) restrições não expressamente autorizadas pela constituição, isto é, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos.

De pronto, descartam-se os tipos (1) e (2), pois a Constituição de 1988 é silente tanto na definição de restrições (relembrando que o inciso XVI do art. 7º não trata de restrição, mas outro direito fundamental decorrente da pressuposição de não efetividade do direito à jornada digna, nos termos do próprio Texto Constitucional) quanto na autorização para o estabelecimento de limitações legais.

50

Resta, então, a necessária análise do terceiro tipo, ou seja, limites constitucionais não expressos. Especificamente tratando do tempo de espera estabelecido pelo art. 235-C da CLT, evidente limitador do direito de jornada digna, nos termos da Constituição Federal, evidente a falta completa de outro direito fundamental colidente a ponto de justificar tal limitação.

Ademais, mesmo genericamente considerado, importante considerar a imensa dificuldade de se estabelecer limitação ao direito à jornada digna, tendo em vista o altíssimo grau de clareza e eficácia formal do Texto Constitucional, constituído por normas fechadas, com alta densidade normativa.

4 DO TEMPO DE ESPERA DO MOTORISTA PROFISSIONAL E SUA INCONSTITUCIONALIDADE TAMBÉM BASEADA NO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho

e da livre iniciativa, nos termos do art. 1º, III e IV, da Constituição Federal, regendo-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da Constituição Federal).

Em consonância com tais diretrizes, os §§ 1º ao 3º do art. 5º da Constituição Federal apontam a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, não apenas os previstos na própria Constituição, mas todos aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, notadamente os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos.

Ainda, na Constituição Federal, no Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, inclui-se o Capítulo II, dos Direitos Sociais, no qual o art. 7º prevê direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, sem excluir outros que visem à melhoria de sua condição social. Os incisos XIII e XXII do mesmo artigo (último citado) dispõem sobre a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Não fosse isso o bastante, por meio do Decreto nº 591 de 6-7-1992, o Brasil tem por obrigação a execução e cumprimento integral do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966; aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; cuja Carta de Adesão foi depositada em 24 de janeiro de 1992. O art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê que os Estados Partes do Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições justas e favoráveis de trabalho, que assegurem especialmente:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
 - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;
 - ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em

conformidade com as disposições do presente Pacto;

- b) A segurança e a higiene no trabalho;
- c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;
- d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

Não paira mais dúvida acerca da condição de direitos fundamentais e humanos dos direitos sociais. Em destaque lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 221-222):

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada.

Dessa forma, os direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal, em destaque no presente caso, da duração do trabalho e da redução dos riscos inerentes ao trabalho, são direitos fundamentais do trabalhador e, também, direito humano.

Como tais, estão sujeitos a regramento próprio, que inclui a segurança jurídica como forma de proteção de direito fundamental, tendo como corolário a proibição do retrocesso e suas diversas manifestações, tese esposada de forma brilhante por Sarlet (2015, p. 453):

Que – situando a questão no contexto da segurança jurídica – resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isso, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional (consoante já

analisado), seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido “batizada” pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso.

A questão da limitação do tempo de trabalho, como medida que visa à proteção do trabalho humano e à dignificação do trabalhador, conforme destacado pelo louvável Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND, MARANHÃO, *et al.*, 2005, p. 802 e ss.), remonta o século XIX, fortalecida no século XX, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual emanaram diversas Convenções Internacionais e Recomendações que abordam o tema, dentre outros.

Conforme já destacado a Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, limitou a duração do trabalho normal a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultando a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII).

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no seu art. 4º, considera como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens.

O referido dispositivo infraconstitucional conforma o direito fundamental (constitucional, por pressuposto lógico) social da duração do trabalho, indispensável à higidez do trabalhador.

Com relação ao motorista profissional, muito se discutiu acerca da aplicação do Capítulo II da CLT, referente à Duração do Trabalho, ao argumento de que se enquadrava na exceção prevista no art. 62, I, do mesmo Diploma Legal, que exclui do regime previsto no referido capítulo os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

No entanto, também de longa data, a atividade exercida pelo motorista profissional, ainda que externa, não era incompatível com o controle, pelo empregador, do horário de trabalho, diante dos diversos dispositivos instalados nos veículos, de controle e localização, conforme

já citado neste texto. Nem se argumente que tais dispositivos se valiam apenas para controle do veículo, voltados à segurança patrimonial da carga e do próprio veículo (deveras valioso), uma vez que, indiscutivelmente, também possibilitava o total controle do trabalhador (não somente da jornada laboral), às vezes, até mesmo de suas necessidades fisiológicas (diante dos dispositivos de bloqueio do veículo).

Com o advento da Lei n. 12.619, publicada em 30 de abril de 2012, que inseriu a Seção IV-A no Capítulo I do Título III da CLT findou-se a controvérsia sobre a possibilidade de controle de jornada dos motoristas, que passou a ser obrigatório.

A Lei n° 12.619/2012 acresceu na CLT, dentre outros, o art. 235-C, com a seguinte redação:

Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional será a estabelecida na Constituição Federal ou mediante instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho.

§ 1º Admite-se a prorrogação da jornada de trabalho por até 2 (duas) horas extraordinárias.

§ 2º Será considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso.

§ 3º Será assegurado ao motorista profissional intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, além de intervalo de repouso diário de 11 (onze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas e descanso semanal de 35 (trinta e cinco) horas.

§ 4º As horas consideradas extraordinárias serão pagas com acréscimo estabelecido na Constituição Federal ou mediante instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho.

§ 5º À hora de trabalho noturno aplica-se o disposto no art. 73 desta Consolidação.

§ 6º O excesso de horas de trabalho realizado em um dia poderá ser compensado, pela correspondente diminuição em outro dia, se houver previsão em instrumentos de natureza coletiva, observadas as disposições previstas nesta Consolidação.

§ 7º (VETADO).

§ 8º São consideradas tempo de espera as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga

do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao período do tempo de espera serão indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento).

Destacam-se alguns aspectos importantes do dispositivo legal citado, com a redação dada pela Lei nº 12.619/2012 (atualmente não mais em vigor), para o caso em análise: adotou-se a jornada de trabalho estabelecida na Constituição Federal (não poderia ser diferente); admitiu-se a prorrogação da jornada de trabalho por até 2 (duas) horas extraordinárias; trouxe o conceito de tempo de espera, assim consideradas, segundo a então redação, as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga ou descarga do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias; estipulou-se o pagamento das horas relativas ao período do tempo de espera indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento); restou considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso.

Ora, como considerar o tempo de espera, como horas que excedem à jornada normal de trabalho do motorista (que fica aguardando carga ou descarga do veículo ou fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias), sem considerá-las como horas extraordinárias e pagá-las com o acréscimo de apenas 30% (trinta por cento) do valor do salário-hora?

Surgiram, então, com a publicação da Lei nº 12.619/2012, discussões acerca da inconstitucionalidade da regra infraconstitucional, por fixar adicional inferior ao previsto na Constituição Federal para a remuneração do serviço extraordinário de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) à do normal (art. 7º, XVI).

Efetivamente, considerando a duração do trabalho normal fixado pela Constituição Federal (oito horas diárias e quarenta e quatro semanais) e a complementação da norma constitucional pela norma

infraconstitucional, considerando como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (CLT, art. 4º), não há como admitir que o motorista profissional que, em viagem de longa distância, longe de sua residência por vários dias, quando fica junto do veículo, em clientes da empregadora para carga ou descarga ou em barreiras alfandegárias (aduanas), completamente à disposição do empregador, não esteja em plena jornada laboral.

Por isso, considerando, como exposto anteriormente, a completa impossibilidade de estabelecimento de uma categoria de tempo de trabalho diferente do tempo normal e do extraordinário, nos termos da própria Carta Maior, flagrantemente inconstitucional a disposição do art. 235-C da CLT, dada pela Lei nº 12.619/2012, não apenas por prever adicional em percentual inferior (30%) ao previsto na Constituição Federal (50%), mas, antes disso e principalmente, por ser inconstitucional diante do princípio da vedação do retrocesso, ao excluir da jornada laboral tempo em que o empregado está à disposição do empregador (tempo de espera).

56

Somente se pode falar em inconstitucionalidade do adicional, se se estiver considerando remuneração do serviço extraordinário, logo, computado na jornada laboral.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 463), ao tratar do **princípio da proibição do retrocesso**, na ordem constitucional brasileira, citando lição do Ministro Luís Roberto Barroso, afirma:

Para o notável constitucionalista carioca, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regular um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.

Tamanha foi a celeuma criada pela disposição do art. 235-C da CLT, dada pela Lei nº 12.619/2012, que, em 2015, a Lei nº 13.103, de 2 de março, revogou grande parte do dispositivo legal, dando-lhe nova redação (aliás deu nova redação à praticamente toda a Seção IV-A do Capítulo I do Título III da CLT):

Art. 235-C. A jornada diária de trabalho do motorista profissional

será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas extraordinárias.

§ 1º Será considerado como trabalho efetivo o tempo em que o motorista empregado estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso e descanso e o tempo de espera.

§ 2º Será assegurado ao motorista profissional empregado intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, podendo esse período coincidir com o tempo de parada obrigatória na condução do veículo estabelecido pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro, exceto quando se tratar do motorista profissional enquadrado no § 5º do art. 71 desta Consolidação

§ 3º Dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas, são asseguradas 11 (onze) horas de descanso, sendo facultados o seu fracionamento e a coincidência com os períodos de parada obrigatória na condução do veículo estabelecida pela Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, garantidos o mínimo de 8 (oito) horas ininterruptas no primeiro período e o gozo do remanescente dentro das 16 (dezesesseis) horas seguintes ao fim do primeiro período.

§ 4º Nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional empregado permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, o repouso diário pode ser feito no veículo ou em alojamento do empregador, do contratante do transporte, do embarcador ou do destinatário ou em outro local que ofereça condições adequadas.

§ 5º As horas consideradas extraordinárias serão pagas com o acréscimo estabelecido na Constituição Federal ou compensadas na forma do § 2º do art. 59 desta Consolidação

§ 6º À hora de trabalho noturno aplica-se o disposto no art. 73 desta Consolidação.

§ 7º (VETADO)

§ 8º São considerados tempo de espera as horas em que o motorista profissional empregado ficar aguardando carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário e o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computados como jornada de trabalho e nem como horas extraordinárias.

§ 9º As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal.

§ 10. Em nenhuma hipótese, o tempo de espera do motorista empregado prejudicará o direito ao recebimento da remuneração correspondente ao salário-base diário.

§ 11. Quando a espera de que trata o § 8º for superior a 2 (duas) horas ininterruptas e for exigida a permanência do motorista empregado junto ao veículo, caso o local ofereça condições adequadas, o tempo será considerado como de repouso para os fins do intervalo de que tratam os §§ 2º e 3º, sem prejuízo do disposto no § 9º.

§ 12. Durante o tempo de espera, o motorista poderá realizar movimentações necessárias do veículo, as quais não serão consideradas como parte da jornada de trabalho, ficando garantido, porém, o gozo do descanso de 8 (oito) horas ininterruptas aludido no § 3º.

§ 13. Salvo previsão contratual, a jornada de trabalho do motorista empregado não tem horário fixo de início, de final ou de intervalos.

§ 14. O empregado é responsável pela guarda, preservação e exatidão das informações contidas nas anotações em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou no registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo, ou nos rastreadores ou sistemas e meios eletrônicos, instalados nos veículos, normatizados pelo Contran, até que o veículo seja entregue à empresa.

§ 15. Os dados referidos no § 14 poderão ser enviados a distância, a critério do empregador, facultando-se a anexação do documento original posteriormente.

§ 16. Aplicam-se as disposições deste artigo ao ajudante empregado nas operações em que acompanhe o motorista.

O art. 235-C da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.103/2015, manteve a exclusão do tempo de espera como de trabalho efetivo ou hora extra (§§1º e 8º), ainda que se exija sua permanência junto ao veículo (§ 11) e realizando movimentações necessárias do veículo (§ 12), sendo que, na tentativa de corrigir a suposta inconstitucionalidade do adicional de 30%, precarizou ainda mais a condição de trabalho do motorista profissional, estabelecendo a indenização do tempo de espera na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal (§ 9º).

Completamente esdrúxulas as disposições legais citadas (art. 235-C, §§ 1º, 8º, 9º, 10º, 11 e 12, da CLT) e inconstitucionais, uma vez que o art. 4º da CLT, recepcionado pela Constituição Federal e perfeitamente compatível finalisticamente, já define o tempo de serviço efetivo como o período em que o empregado está à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, implementando a norma constitucional de limitação da jornada laboral e pagamento de jornada extraordinária com acréscimo de 50%, havendo **retrocesso social**, inconstitucional, nas disposições citadas (equivalentes da redação anterior dada pela Lei nº 12.619/2012 - art. 235-C, §§ 2º, 8º e 9º, da CLT).

Já, em 1939, a Convenção 67 da OIT estabeleceu as horas de trabalho e os períodos de descanso no Transporte Rodoviário e o aqui denominado tempo de espera, lá chamado de trabalhos auxiliares ou períodos de mera presença, está englobado nas horas de trabalho (jornada laboral).

Ademais, no caso do motorista profissional a limitação de jornada consiste não somente em medida de preservação de sua saúde e segurança, mas de toda a coletividade, uma vez que, no trânsito, há estar sempre atento, com coordenação plena dos movimentos e reflexos, sob pena de sofrer e causar acidentes fatais, frequentemente provocados pelo excesso de trabalho e fadiga decorrente do trabalho penoso, não sendo olvidada a ingestão de substâncias psicoativas pelos motoristas no intento de manterem-se acordados, não obstante o cansaço extremo, tornando a situação ainda mais grave e alarmante.

Portanto, a questão da jornada laboral do motorista profissional está intimamente ligada à questão de segurança e medicina do trabalho, determinando a Constituição e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que haja redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde e segurança, daí a importância da prevenção, e não da precarização do trabalho.

O saudoso Segadas Vianna (SÜSSEKIND, MARANHÃO, *et al.*, 2005, p. 922), citando palavras do Ministro Alexandre Marcondes Filho, ressalta:

A vida humana tem, certamente, um valor econômico. É um

capital que produz e os atuários e matemáticos podem avaliá-lo. Mas a vida do homem possui, também, um imenso valor afetivo e um valor espiritual inestimável, que não se pode pagar com todo o dinheiro do mundo. Nisto consiste, o valor da prevenção em que se evita a perda irreparável de um pai, de um marido, de um filho, enfim, daquele que sustenta um lar proletário e preside os destinos de sua família. A prevenção é como a saúde. Um bem no qual só reparamos quando o acidente e a moléstia chegam.

Por todo o exposto, inconstitucionais os §§ 1º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 do art. 235-C da CLT (considerando os parágrafos equivalentes do mesmo artigo, na redação anterior dada pela Lei nº 12.619/2012 - §§ 2º, 8º e 9º), por ser o tempo de espera como de efetivo trabalho, devendo ser computado na jornada laboral e pago como hora extraordinária, quando excedida à jornada normal, observada a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 7º, XIII e XVI).

5 CONCLUSÃO

O direito a uma jornada digna consiste em direito humano e fundamental, garantido por tratados internacionais de direitos humanos e, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988, no Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Direitos Sociais), art. 7º, XIII, estabelecida em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, tendo o inciso XVI do mesmo art. 7º fixado, ainda, que as horas de serviços extraordinários serão remuneradas, no mínimo, com valor cinquenta por cento superior ao da hora normal, norma também alçada à categoria de direito fundamental, por força do próprio Texto Constitucional.

Os direitos garantidos no art. 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal têm natureza eminentemente individual, apesar de constante do capítulo dos direitos sociais, atraindo a proteção da reserva legal prevista no art. 60, § 4º, IV, também da Constituição Federal, bem como a blindagem do princípio da proibição do retrocesso social, diante da incorporação ao patrimônio jurídico dos cidadãos, não podendo ser suprimidos.

O art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, ao estabelecer a ideia de período de serviço efetivo, traz conceito informador necessário

para a plena efetivação do direito fundamental a uma jornada digna, previamente estabelecida pela Constituição Federal.

A Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012, que inseriu a Seção IV-A no Capítulo I do Título III da CLT, referente ao Serviço do Motorista Profissional, ao trazer o conceito de tempo de espera, no art. 235-C, não o considerando como de trabalho efetivo e o remunerando com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento), feriu o direito fundamental à jornada digna (art. 7º, XIII e XVI, da Constituição Federal).

A Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015, que deu nova redação ao art. 235-C da CLT, manteve a exclusão do tempo de espera como de trabalho efetivo ou hora extra (§§1º e 8º), ainda que exija a permanência do motorista junto ao veículo (§ 11) e realizando movimentações necessárias dele (§ 12). Precarizou ainda mais a condição de trabalho do motorista profissional, estabelecendo a indenização do tempo de espera na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal (§ 9º), potencializando a inconstitucionalidade já existente na redação anterior do dispositivo legal e ferindo mortalmente o princípio do não retrocesso social.

Portanto, inconstitucionais os §§ 1º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 do art. 235-C da CLT (considerando os parágrafos equivalentes do mesmo artigo, na redação anterior dada pela Lei nº 12.619/2012 - §§ 2º, 8º e 9º), por ser o tempo de espera como de efetivo trabalho, devendo ser computado na jornada laboral e pago como hora extraordinária, quando excedida à jornada normal, observada a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 7º, XIII e XVI).

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, F. K. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LEÃO XIII. **Carta Encíclica Rerum Novarum**, 15 maio 1891. Disponível em: <<http://>

w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 16 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, 10 dezembro 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Resolução n.116**, 26 junho 1962. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312454:NO>. Acesso em: 15 jul. 2016.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÜSSEKIND, A. et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr Editora, v. II, 2005.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.