

OS RETROCESSOS TRAZIDOS PELA NOVA LEI DO MOTORISTA SOB O PRISMA DO TRABALHO DIGNO

KICKERS BROUGHT BY THE NEW LAW DRIVER UNDER THE PRISM OF DECENT WORK

Esp. Caren Silva Machado¹
Dr. Rodrigo Goldschmidt²

RESUMO

O presente artigo visa investigar novas regras que implicam mudanças nos direitos trabalhistas relacionados aos motoristas de cargas e passageiros a partir do conceito de trabalho digno. O princípio da dignidade da pessoa humana é aplicável ao Direito do Trabalho e está localizado ao lado do valor social do trabalho compondo os fundamentos da República Federativa do Brasil. As alterações, quanto à jornada de trabalho do motorista foram introduzidas pela Lei 12.619 de 2012, que deu redação a dispositivos legais da Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como do Código de Trânsito Brasileiro. Em especial, este artigo objetiva verificar o novo regramento sobre a jornada de trabalho do motorista, que até a edição da Lei não era submetido a controle. De plano é possível afirmar que um dos grandes avanços da Lei foi justamente o controle e limitação da jornada de trabalho dos motoristas. Todavia, apesar dos avanços legais, existem pontos na legislação em estudo que possivelmente configuram afronta à Constituição Federal, o que poderia significar um retrocesso social. Esses pontos se referem a jornada de 12 (doze) horas por 36 (trinta e seis), a remuneração do “tempo de espera”, e ainda, o fracionamento dos intervalos intrajornada. Assim, é mister analisar o ordenamento jurídico brasileiro para realizar a desejável interpretação sistemática sobre o assunto impedindo esse retrocesso.

Palavras-chave: Trabalho digno; nova lei dos motoristas; jornada de trabalho; Constituição; retrocesso social.

ABSTRACT

This paper aims to investigate new rules entailing changes in labor laws related to drivers of cargo and passengers from the concept of decent work. The principle of human dignity is applicable to the Labour Law and is located next to the social value of work composing the fundamentals of the Federative Republic of Brazil. The changes, as the workload of the driver were introduced by Law 12,619 of 2012, which gave legal writing devices Consolidation of Labor Laws, as well as the Brazilian Traffic Code. In particular, this article aims to verify the new regramento on the workload of the driver, who until the enactment of Law was not subject to control. Plan is possible to say that one of the great advances of Law was just the

¹ Mestranda em Direito pela UNOESC. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Professora, pesquisadora e Coordenadora Adjunta do grupo de pesquisa de Direitos Fundamentais Sociais da Unoesc. Advogada; carenmac20@yahoo.com.br

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor e pesquisador do programa de Mestrado em Direito da Unoesc. Coordenador da Linha de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da Unoesc. Juiz do Trabalho do TRT 12/SC; rmgold@desbrava.com.br

control and limitation of working hours of drivers. However, despite legal advances, there are points in upcoming legislation that possibly constitute an affront to the Constitution, which could mean a social backlash. These points relate the journey of twelve (12) hours per 36 (thirty six), the remuneration of the "waiting time", and yet, the fractions of intrajornada intervals. Thus, it is necessary to analyze the Brazilian legal system to accomplish the desirable systematic interpretation on the issue preventing this setback.

Keywords: Decent work; new law for drivers; workday; Constitution; social regression.

1 INTRODUÇÃO

A existência de trabalho digno é pressuposto de um Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil e, também por isso, é valor supremo da sociedade brasileira. Disso, denota-se que tal princípio informa todos os ramos da dogmática jurídica, devendo influenciar todas as relações jurídicas que se estabeleçam a partir do ordenamento jurídico brasileiro.

Do princípio da Dignidade da Pessoa Humana decorrem os Direitos Humanos e, portanto, os Direitos Fundamentais. Assim, infere-se que jornada de trabalho consiste em um dos pressupostos para a efetivação do trabalho digno, uma vez que se localiza no Título II da Constituição Federal, intitulado Direitos e Garantias Fundamentais. Não bastasse isso, é norma que diz respeito à saúde do trabalhador e, portanto, decorrente do direito à Vida, bem maior que o ordenamento pode tutelar.

A jornada de trabalho consiste no período em que o trabalhador está à disposição do empregador, seja executando ordens ou a espera delas. Este artigo tem o escopo de estudar a jornada de trabalho do motorista profissional a partir da introdução no ordenamento jurídico pátrio da Lei 12.619 de 2012 sob um viés constitucional.

O objetivo central do presente estudo é configurar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana para investigar sua observância na jornada de trabalho do motorista. Como objetivos específicos serão desenvolvidos os conceitos relativos à jornada de trabalho e serão examinadas as alterações inseridas pela Lei 12.619 de 2012, que trata da jornada de trabalho do motorista. Para isso, a metodologia aplicada será pesquisa bibliográfica.

Em um primeiro momento será desenvolvido um conceito da Dignidade da Pessoa Humana sob um viés internacional e nacional. Posteriormente, passa-se a conceituar jornada de trabalho. Ao final serão examinadas as alterações introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela nova Lei do Motorista.

Não se pretende esgotar o assunto, mas eminentemente levantar o debate sobre a questão, uma vez que é de extremo relevo para a efetivação dos direitos fundamentais dos

trabalhadores, e acima de tudo, para garantia de um Estado Democrático de Direito averiguar em que consiste o trabalho digno e aquilatar se a jornada de trabalho do motorista profissional, tal como preconizada pela Lei 12.619 de 2012, coaduna-se com as normas constitucionais vigentes.

2 CONFIGURANDO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL

O conceito inicial de dignidade da pessoa humana é desenvolvido no campo da filosofia e sofre grande influência cristã. Na antiguidade clássica a dignidade da pessoa estava relacionada ao seu *status* social. O pensamento estóico, particularmente, introduziu a ideia de que os seres humanos são iguais em dignidade, fundamentando tal pensamento na natureza humana que confere posição superior do ser humano no *cosmos*. (COMPARATO, 1999).

Com Kant (2009), constrói-se uma concepção da dignidade a partir da capacidade que o ser humano tem de raciocinar, fato que lhe confere autodeterminação sobre a sua vontade e a possibilidade de agir conforme as leis. O referido autor preconiza que “todo o ser racional existe como um fim em si mesmo”, não podendo ser um meio para uso da vontade alheia. E, ainda, articula que “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade”. Assim, a dignidade possui um valor que não pode ser medido economicamente, enquanto que as coisas são passíveis dessa valoração.

Silva (1998) assevera que a dignidade é um valor presente em todas as pessoas, mesmo daquelas que, eventualmente, venham a cometer atitudes indignas, pois é atributo intrínseco do ser humano. O fundamento dessa concepção está na Declaração Universal da ONU, quando o art. 1º prescreve que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

No que tange à jornada de trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 assevera que todo trabalhador tem direito à limitação da jornada de trabalho. Veja-se, nesse sentido, o disposto no art. 24 do texto em questão: “Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.”

No direito comparado a Declaração dos Direitos Humanos do Islã refere-se literalmente à expressão dignidade dos trabalhadores, basta ver o texto do ser art. XVII: “Condição e Dignidade dos Trabalhadores - O Islã dignifica o trabalho e o trabalhador e

ordena que os muçulmanos tratem o trabalhador justa e generosamente. Não só deve receber seus salários imediatamente como também tem direito ao repouso adequado e ao lazer.”

Admite-se que o ser humano seja contratado para prestar serviços a outro ser humano, desde que o faça livremente e sem que isso signifique a degradação de sua condição humana. Isso encontra fundamento no fato de que o exercício das funções sociais encontra-se vinculado a uma mútua sujeição. O que não pode ocorrer é a utilização da força de trabalho do outro como mero meio de atingir determinado fim, de forma a “coisificar” o trabalhador. (SARLET, 2012).

No plano internacional, destaca-se a Constituição Mexicana de 1917 que teve suas linhas mestras influenciadas por um manifesto com propostas editadas por um grupo de jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Diaz e liderados por Ricardo Flores Magón.

A Constituição Mexicana foi a primeira constituição que atribuiu *status* de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas. Sendo que na Europa essa consciência, de que os direitos sociais são também direitos humanos fundamentais, só se afirmou após a primeira grande guerra, com o Tratado de Versalhes (1919). Dentre as previsões desse diploma legal salienta-se a estipulação da duração máxima da jornada de trabalho de 8 horas. (COMPARATO, 2003).

A constituição alemã de Weimar de 1919, também produto da primeira grande guerra, trilhou o mesmo caminho elevando normas relativas ao Direito do Trabalho, em especial à jornada de trabalho, ao *status* constitucional. Foi decisiva no que tange a sua influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente de forma que organizou as bases da democracia social. Os direitos trabalhistas foram elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais. (COMPARATO, 2003).

No âmbito internacional a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem o trabalho digno como o seu principal objetivo, consistindo em fomentar oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho digno e produtivo. O Organismo Internacional em tela conceitua trabalho digno como aspirações do ser humano no domínio profissional abrangendo elementos como oportunidade para desempenhar um trabalho produtivo com a devida remuneração, segurança no local de trabalho e proteção social para o trabalhador e sua família e, ainda, perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social, liberdade para expressar suas preocupações e para participar nas decisões que afetem sua vida. (OIT LISBOA, 2013).

Veja que a OIT elenca elementos mínimos para a garantia de um trabalho digno. Da mesma forma Maurício Godinho Delgado preleciona sobre a existência de um “patamar civilizatório mínimo” composto por três grupos de normas: tratados e convenções internacionais, normas constitucionais e normas infraconstitucionais. O autor destaca as previsões legais sobre saúde e segurança do trabalhador, onde estão incluídas as normas sobre a jornada de trabalho, tema do presente estudo. (DELGADO, 2012).

A Constituição Federal de 1988 é um marco na história político-jurídica do Brasil, considerada como grande símbolo da democracia brasileira. Conforme Delgado (1992) foi a mais substantiva Constituição de Direitos produzida pelo Poder Constituinte do País. Elencou a prevalência da pessoa humana como sua bandeira primordial tanto no âmbito individual como social.

No que tange à matéria trabalhista, a Carta em questão, já no artigo 1º, cita a dignidade da pessoa humana, bem como o valor social do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil. O art. 7º, por seu turno, é verdadeiro cerne dos direitos trabalhistas, o qual se encontra no Título II da Constituição, sendo parte integrante dos Direitos e Garantias Fundamentais. (BRASIL, 2012).

Também é importante destacar o art. 170, que determina que a ordem econômica garanta a todos uma existência digna e o art. 193 que exige que a ordem social tenha como objetivos o bem-estar e a justiça social, que são os próprios fins do Estado. (BRASIL, 2012).

Pode-se auferir do texto Constitucional que, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro do ordenamento jurídico, a ideia de valor central da sociedade está na pessoa, que consiste no centro convergente dos direitos fundamentais. (DELGADO, 2006).

Ao analisar o texto constitucional é possível concluir que não é possível a existência de um Estado Democrático de Direito sem que haja trabalho digno. Dessa forma, há necessidade de que o trabalhador seja um fim em si mesmo e não mero instrumento para obtenção de lucro.

Após analisar o conceito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como sua evolução histórica no plano nacional e internacional, passa-se a conceituar a jornada de trabalho pelo plano legal e doutrinário.

3. CONFIGURANDO A JORNADA DE TRABALHO E SEUS LIMITES

3.1 Conceito sobre jornada, duração e horário de trabalho e composição da jornada de trabalho

Quando se fala em jornada de trabalho, está-se referindo ao tempo diário despendido com o labor. O vocábulo deriva das línguas italiana e francesa onde *giornata*, no italiano, e *Jour*, no francês, ambas as palavras estrangeiras são traduzidas para o português como “dia”. Por outro lado, duração de trabalho refere-se ao tempo dedicado ao trabalho durante a semana. Outra denominação pertinente é sobre o horário de trabalho, que significa o momento de entrada e saída do trabalho. (GARCIA, 2012).

Delgado (2012) considera o tempo efetivamente trabalhado, bem como o tempo à disposição e o tempo de deslocamento, como fatores que compõem a jornada de trabalho. No bloco de tempo à disposição, o ordenamento pátrio contém dois períodos de tempo específicos: a) tempo despendido para deslocamento interno: entre a portaria e o local propriamente dito de trabalho, assim versa a Súmula 429 do Tribunal Superior do Trabalho³ e, b) o tempo residual que consta no cartão ponto.

Dentre critérios especiais de fixação da jornada tem-se o tempo de prontidão e o tempo de sobreaviso, onde o primeiro compreende o tempo em que o ferroviário fica nas dependências da empresa aguardando ordens, essa é a interpretação do art. 244, § 3º, CLT. Destaca-se que as horas de prontidão serão contadas à razão de 2/3 do salário-hora normal, assim, o adicional ultrapassa 60% da hora normal.

Por outro lado, o tempo de sobreaviso é o lapso temporal em que o trabalhador permanece em sua residência aguardando ser chamado. Importante dizer que, segundo o texto consolidado, art. 244, § 2º, não é possível que a escala dure mais de vinte e quatro horas. O adicional da referida atividade será de 1/3 do salário normal.

Sobre a utilização dos BIPs, *paggers* e telefones celulares, a recente Súmula 428 do TST, preconiza o empregado que está sob controle do empregador por instrumentos telemáticos ou informatizados é considerado em sobreaviso, todavia a Súmula diz que apenas o uso do aparelho eletrônico não caracteriza o sobreaviso, deve haver outras incidências atinentes.

Desse modo foi realizada a diferença sobre as terminologias jornada, duração e horário de trabalho. Passa-se, agora, a verificar as modalidades de jornada de trabalho e sua limitação. Ênfase à previsão legal, bem como o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

³ Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

3.2 O controle da jornada e os fundamentos para sua limitação

Conforme Delgado (2007), existem três modalidades de jornada: a jornada controlada, a jornada não controlada e a jornada não legalmente tipificada. A primeira se trata da prestação de serviço que sofre efetivo controle e fiscalização pelo empregador, podendo gerar horas extras se essas forem laboradas além dos limites legais de jornada e de duração semanal de trabalho. A última trata-se da jornada não legalmente tipificada, sobre a qual não pode incidir o adicional de horas-extras, no Brasil, refere-se pontualmente a categoria dos empregados domésticos.

No presente estudo será dada ênfase à segunda modalidade, qual seja: jornada não controlada, a qual até a edição da Lei 12.619 de 2012 regulava a situação dos motoristas. A jornada não controlada exclui a incidência das horas-extras ao empregado, dado que não se pode aferir a duração do trabalho no caso concreto. No dizer de Delgado, dois tipos de empregados estão inseridos em tal situação: “Trata-se, de um lado, dos trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, de outro lado, os gerentes, estes desde que exercentes de cargos de gestão e recebedores de acréscimo salarial igual ou superior a 40% do salário do cargo efetivo”. (DELEGADO, 2007, p. 877).

Tal entendimento é extraído do bojo do art. 62 da Consolidação das Leis Trabalhistas: “[...] I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; [...]”

Da leitura do dispositivo legal, percebe-se que além da atividade externa, a condição de trabalho deve estar registrada na CTPS no que diz respeito a impossibilidade de controle de horário de trabalho. Faltando um dos requisitos incide o direito a horas extras.

Porém, o autor destaca que se trata apenas de presunção jurídica que admite prova em contrário. Assim, caso o empregado venha a comprovar que havia controle e fiscalização de sua jornada, passa a incidir o conjunto das regras clássicas sobre a duração do trabalho.

Para interpretar o inciso I do art. 62 em comento, é mister analisar a Lei 8.966/94, que alterou as espécies de trabalhadores que ficavam excluídos do controle de jornada, e portanto, sem receber horas-extras. Esse diploma legal permite ampla interpretação de cada caso em concreto. Até então, a doutrina trazia incluídos nesse conceito os motoristas em geral, como os de caminhões, de carretas de ônibus, entre outros. (MARTINS, 2012).

Entretanto, com a edição da lei 12.619/2012 foi acrescentada a Seção IV-A ao Título III do texto consolidado, tratando do serviço do motorista profissional. Desse modo, a jornada do motorista passou a ter o entendimento de que necessita ser controlada.

Destaca-se que, mesmo antes da Lei supra mencionada entrar em vigor, na hipótese de o empregado desempenhar atividade externa e ter suas condições registradas, se houvesse fiscalização indireta através do estabelecimento de roteiros com fixação da duração das viagens, que indicasse horário a cumprir, poderia gerar o direito ao recebimento das horas extras. Nesse sentido, recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho em sede de Recurso de Revista- 250600-66.2009.5.04.0203, publicado no dia 25/12/2012.

Por outro lado, o disco registrado pelo cronotacógrafo⁴, por si só, não é instrumento hábil a realizar o controle de jornada, pois não identifica o condutor, tão pouco o trajeto cumprido, assim é o entendimento da OJ 332 da SBDI-1 do TST⁵. Como já asseverado jornada de trabalho é o período de tempo diário em que o trabalhador presta serviço ou se coloca à disposição de seu empregador. Estão incluídos nesse período os intervalos remunerados (DELGADO, 2007).

Importante dizer que, além das horas de efetivo trabalho, o tempo à disposição do empregador também é considerado na jornada de trabalho. No que diz respeito à natureza jurídica, a jornada de trabalho consiste em norma de ordem pública, uma vez que o interesse na limitação do trabalho não é apenas subjetivo, mas de toda a sociedade. Dessa forma, a limitação é um imperativo da manutenção da saúde, segurança, dignidade e, sobretudo, da vida do trabalhador (CAMINO, 2003).

Jornada de trabalho, juntamente com o salário, ocupa posição de destaque na história do Direito do Trabalho. Sempre foram temas centrais nas lutas trabalhistas. Conforme Maranhão (1987), o salário é o preço atribuído à força de trabalho, já a jornada seria a medida dessa força.

Ocorre que modernamente a jornada de trabalho ocupa posição de mais destaque, pois está atrelada à saúde do trabalhador. Conforme Delgado (2007), estudos têm revelado

⁴ Os veículos de carga com peso bruto acima de 4.536 quilogramas e os veículos de passageiros com mais de 10 lugares são obrigados pelo Código de Trânsito Brasileiro a possuir cronotacógrafo. Através dele, é possível monitorar o deslocamento do veículo. O disco diagrama, de papel especial, colocado no cronotacógrafo, registra dados importantes, como as velocidades desenvolvidas pelo veículo, intervalos de tempo parado e em deslocamento e distâncias percorridas. São informações aceitas legalmente como prova em caso de acidentes ou denúncias de má condução do veículo.

⁵ TST- OJ-SDI1-332 MOTORISTA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. CON-TROLE DE JORNADA POR TACÓGRAFO. RESOLUÇÃO Nº 816/1986 DO CONTRAN (DJ 09.12.2003)
O tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho de empregado que exerce atividade externa.

que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração de efeito insalubre à saúde do trabalhador. Assim, o controle e redução da jornada de trabalho consistem em medidas profiláticas.

Como se pode ver, as normas relativas à limitação da jornada de trabalho deixam de aquilatar aspectos meramente econômicos e passam a ser consideradas como determinantes para a saúde e segurança laboral, sendo, portanto, normas de saúde pública.

De acordo com a Constituição Federal, consiste em direito fundamental dos trabalhadores a redução dos riscos que envolvam as atividades laborais, nesse sentido o art. 7º, XXII, da Lei Maior: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

A Norma Suprema também prevê nos artigos 196 e 197 direitos relativos à saúde, que devem ser promovidos pelo Estado, devendo as políticas públicas versarem com este fim: promover a redução dos riscos de doenças e agravos, bem como afirmando que o Poder Público deve dispor por meio de lei sobre a regulamentação, fiscalização e controle as ações e serviços de saúde, pois são de relevância pública.

Também se extrai do Texto Maior que a execução das ações acima mencionadas deve ser realizada pela administração pública de forma direta ou mesmo por meio de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Assim, verifica-se que os responsáveis pela saúde são diversos atores sociais, não ficando adstrita às autoridades públicas.

Infere-se da análise do texto do art. 200, incisos II e VIII, no que tange aos trabalhadores e meio ambiente, que o Sistema Único de Saúde – SUS, deve realizar ações que envolvam a saúde do trabalhador, como também, colaborar na proteção do meio ambiente laboral.

No que tange aos motoristas, cabe enfatizar que a modulação da duração do trabalho consiste na elaboração de política de saúde pública, pois influencia a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho. A ampliação da jornada pode acarretar ocorrência de doenças profissionais, ou mesmo, acidentes do trabalho.

Garcia (2012) também elenca como fundamentos para a limitação da jornada de trabalho fatores psicológicos, físicos, sociais, econômicos e humanos. Os fatores psicológicos, são prejudiciais, segundo o autor, a medida em que o trabalho intenso pode ocasionar o esgotamento mental do trabalhador afetando sua capacidade de concentração, gerando

doenças ocupacionais como burnout⁶. De outra banda, a jornada de trabalho com duração elevada acarreta fadiga, resultando no cansaço do trabalhador e aumento do risco de acidentes. Socialmente falando, é mister lembrar que o indivíduo, além de trabalhar, deve integrar-se à sociedade na qual está inserido, inclusive sua própria família, o que não é viável se submetido a extensa carga horária de trabalho.

Sob o aspecto econômico, deve-se dizer que a jornada de trabalho elevada induz o empregador a deixar de contratar novos empregados, aumentando o nível de desemprego. Outro fator de extremo relevo é o fundamento de natureza humana, preconizando que o indivíduo não pode ser submetido à jornada de trabalho extenuante, pois isso colocaria em risco a sua vida, bem como dos demais colegas.

Feito esse apanhado sobre os limites da duração do trabalho, cumpre agora abordar a nova lei do motorista profissional sob a égide do trabalho digno.

4. ABORDAGEM SOBRE A NOVA LEI DO MOTORISTA PROFISSIONAL SOB A ÓTICA DO TRABALHO DIGNO

Para que o trabalhador não seja um mero instrumento do empregador na busca do lucro, é necessário que sua dignidade humana seja respeitada. Efetivamente, coloca-se essa diretriz em voga ao se observar os ditames dos Tratados Internacionais, da Constituição Federal, bem como da legislação infraconstitucional.

4.1 Aspectos históricos da Lei 12.619 de 2012

Até a edição da Lei 12.619 de 2012, Lei do Motorista Profissional, não havia nenhum controle sobre a jornada de trabalho dos motoristas de carga e passageiros. Assim, a regulamentação era uma grande necessidade, tendo em vista que a limitação da jornada de trabalho consiste em um direito fundamental social, previsto como tal no inciso XIII, do art. 7º, da CF⁷.

Conforme Ribeiro (2012) mais de vinte e cinco projetos de lei tratando sobre a jornada de trabalho do motorista já tramitaram pelo Congresso Nacional, porém, muitos sem êxito. O Projeto de Lei 2.660 de 1996, por exemplo, após ser aprovado nas duas casas, já no final da segunda fase do processo legislativo, a constitutiva, foi vetada por José de Alencar,

⁶ Exaustão emocional humana decorrente da condição de trabalho que o indivíduo está exposto. Situação de estresse crônico que gera a falta de energia, esgotamento físico e mental. (FERRARI, 2013).

⁷ “Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”

que respondia pela presidência devido à ausência do então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

Assim, nota-se que a matéria vem sendo debatida há anos por meio de inúmeros projetos de lei, os quais, todavia, restaram infrutíferos devido aos anseios antagônicos por parte dos motoristas e seus empregadores. Aponta-se o Projeto de Lei 99 de 2007, bem como ajuizamento da Ação Civil Pública 1372.2007.021.23.00-3 em Rondonópolis – MT, como dois marcos na iniciativa do Projeto de Lei que deu surgimento à lei 12.619/2012, objeto deste estudo.

A partir da propositura da ACP acima referida, houve uma preocupação em nível nacional com a limitação da jornada de trabalho e do tempo de direção dos motoristas, bem como da adaptação e estrutura ambiental para que os motoristas pudessem exercer suas atividades. O Ministério Público mediou as negociações entre empresários e motoristas, dando corpo ao PL 99 de 2007.

Assim, nasceu a Lei 12.619 de 2012, que regulou a jornada de trabalho dos motoristas profissionais empregados e autônomos que transportam cargas e passageiros, trazendo diversos avanços. Porém não se pode negar que alguns pontos da Lei se demonstram um verdadeiro retrocesso social ou mesmo questionáveis diante do texto Constitucional.

Canotilho (2001) diz que, tendo em vista o princípio da vedação ao retrocesso social não é possível que a legislação já efetivada e realizada protegendo direitos sociais seja revogada. Pois são consideradas constitucionalmente garantidas sendo vedada a sua revogação, salvo se provier outra medida compensatória. Ou seja, o legislador encontra limite no núcleo essencial já realizado.

Na mesma linha Piovesan (2000) entende que esfacelar os direitos sociais consiste em afrontamento direto ao texto Constitucional. A autora diz que os direitos sociais são parte dos Direitos e Garantias Individuais e, portanto, revestem-se da roupagem de Cláusula Pétrea, não podendo ser suprimidos pelo legislador.

Adiante passa-se ao conceito de motorista profissional e põe-se em relevo os aspectos mais polêmicos da Lei 12.619/2012, atinentes à duração do trabalho.

4.2 Definição de motorista profissional

O alcance subjetivo da Lei 12.619/2012 diz respeito tanto ao motorista profissional empregado, quanto aos motoristas autônomos, seja ele agregado ou independente. Esses últimos com previsão legal na Lei 11.442/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de

cargas por conta de terceiros mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980.

Numa primeira análise pode parecer que a lei alcança somente os motoristas profissionais empregados, ficando os motoristas profissionais autônomos excluídos. Contudo, em que pese opiniões contrárias, ao analisar sistematicamente o diploma legal verifica-se sua pertinência aos motoristas profissionais autônomos. Isso porque o art. 5º introduz uma série de dispositivos no Código de Trânsito Brasileiro (art. 67-A e art. 67-C; art. 230, XXIII), os quais, são aplicáveis tanto aos motoristas empregados, quanto aos autônomos. Esse é o entendimento, inclusive da NTC & Logística, empresa de transportes em diversos estados da Federação⁸.

É necessário distinguir a figura do motorista de carga empregado e o motorista de carga autônomo. Esse último também pode ser chamado de Transportador Autônomo de Cargas (TAC). A lei 11.442 de 2007 regula as funções do TAC. Dentro desta espécie tem-se o TAC agregado e o TAC independente. Veja o art. 4º da lei acima referida: “O contrato a ser celebrado entre a ETC e o TAC ou entre o dono ou embarcador da carga e o TAC definirá a forma de prestação de serviço desse último, como agregado ou independente”.

O transporte rodoviário de cargas deve ser realizado por pessoa física regido pela lei 11.442/2007. Para se configurar um fidedigno TAC deve obedecer ao previsto no art. 2º da lei citada, veja:

A atividade econômica de que trata o art. 1º desta Lei é de natureza comercial, exercida por pessoa física ou jurídica em regime de livre concorrência, e depende de prévia inscrição do interessado em sua exploração no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas - RNTR-C da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, nas seguintes categorias:

I - Transportador Autônomo de Cargas - TAC, pessoa física que tenha no transporte rodoviário de cargas a sua atividade profissional;

II - Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas - ETC, pessoa jurídica constituída por qualquer forma prevista em lei que tenha no transporte rodoviário de cargas a sua atividade principal.

Porém o TAC agregado pode causar dificuldade em diferenciá-lo do motorista empregado. Isso ocorre devido à previsão do art. 4º, § 1º da lei 11.442 de 2007, veja: Denomina-se TAC-agregado aquele que coloca veículo de sua propriedade ou de sua posse, a ser dirigido por ele próprio ou por preposto seu, a serviço do contratante, com exclusividade, mediante remuneração certa. Assim, nota-se que o TAC agregado presta serviço com exclusividade, dificultando, portanto, a identificação da relação de emprego.

⁸⁸ NTC debate principais pontos da Lei da Profissão de Motorista. Disponível em http://www.viclogistica.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=113:ntc-debate-principais-pontos-da-lei-da-profissao-de-motorista&catid=2:noticias

Inicialmente procede-se a verificação de registro na ANTT (Agência nacional de Transportes Terrestres). Em caso positivo, passa-se a verificar a subordinação como requisito do liame empregatício. Ser proprietário ou possuidor não impede que haja relação de emprego, o que realmente vai distingui-los é a subordinação jurídica. Toda vez que ele trabalhar com roteiros de visita, turno certo, sem liberdade para escolher o bairro, a zona, a época melhor, haverá subordinação.

Também se faz necessário observar os dispositivos introduzidos na CLT, bem como no CTB, que se aplicam aos motoristas empregados. Já, no que toca aos autônomos aplicam-se apenas os dispositivos inseridos no CTB.

Extrai-se do texto da lei objeto deste estudo que as Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego também são aplicadas tanto aos motoristas empregados, quanto aos autônomos, uma vez que se trata de “locais de espera dos motoristas de cargas”, veja o referido dispositivo legal:

As condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do transportador de carga, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador intermodal de cargas ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais e secos e locais para repouso e descanso, para os motoristas de transporte de passageiros em rodoviárias, pontos de parada, de apoio, alojamentos, refeitórios das empresas ou de terceiros terão que obedecer ao disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras.

Todavia, cumpre esclarecer o tipo de motorista profissional autônomo que está abrangido pela lei: são aqueles que realizam transporte de passageiros com mais de 10 (dez) lugares, e ainda, motoristas profissionais de carga autônomos, cuja carga tenha peso bruto total superior a 4.536 (quatro mil e quinhentos e trinta e seis). Tal conclusão advém da interpretação dos arts. 67-A ao 105, II do CTB.

4.3 O fracionamento dos intervalos intrajornada

No que pertine ao motorista de transporte coletivo urbano, parece que este não foi alvo da lei 12.619 de 2012, ao passo que o texto que deu redação ao § 5º, do art. 71 da CLT, refere-se à fração dos intervalos, entre o término da primeira hora e o início da última hora trabalhada, o que não se aplica ao motorista de transporte coletivo urbano, que devem realizar pequenas pausas ao chegar ao fim da linha ou rota. Veja-se o disposto no art. 71, § 5º, CLT:

Os intervalos expressos no caput e no § 1º poderão ser fracionados quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para

descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

Conclui-se, portanto, que a Lei 12.619 de 2012 aplica-se aos motoristas profissionais empregados e autônomos que desenvolvem suas atividades no meio urbano ou mesmo rural e, ainda, nas vias urbanas ou interurbanas. Porém, devem ser respeitadas as peculiaridades, pois aos motoristas autônomos aplica-se os dispositivos que alteraram o CTB, bem como as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, já aos motoristas empregados a aplicação é mais ampla, correspondendo além das alterações do CTB, as inovações advindas à CLT.

4.4 Jornada de trabalho do motorista

O motorista é um trabalhador externo, pois suas atividades são desempenhadas fora do estabelecimento onde está fisicamente instalada a empresa, com a qual mantém vínculo empregatício. Mas isso não quer dizer que sua jornada não pode ser controlada. Assim, é preciso diferenciar os trabalhadores externos que não podem ter sua jornada controlada daqueles que, apesar de exercerem suas atividades de forma externa, podem ter sua jornada controlada. Porém, em relação ao motorista profissional, não é necessário fazer essa diferenciação, tendo em vista que a Lei 12.619/2012 veio a impor limite a sua jornada de trabalho.

Parece que a Lei 12.619/2012 procurou preservar os ditames constitucionais ao asseverar que “A jornada diária de trabalho do motorista profissional será a estabelecida na Constituição Federal ou mediante instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho”.

Nesse ínterim, a Constituição Federal estabelece que jornada dos trabalhadores urbanos e rurais será de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, redação do art. 7º, XIII, já citado nas linhas pretéritas.

Tamanha a importância desse assunto que o legislador constitucional tratou do mesmo no Título II da Constituição Federal, compreendido nos Direitos e Garantias Fundamentais. A localização topográfica dentro da Constituição no que concerne à jornada de trabalho demonstra o grande relevo do tema. Isso fica ainda mais evidente ao verificar a classificação da matéria, segundo Moraes (2003), como direito fundamental de segunda dimensão⁹. Dito pelo autor como as liberdades positivas, onde o Estado deve *fazer*.

⁹ Alexandre de Moraes classifica os Direitos Humanos em dimensões. Sendo de primeira dimensão aqueles referentes a liberdade do ser humano, ou seja, um “não-fazer” do Estado. Direitos Humanos de segunda

Se antes os motoristas profissionais eram excluídos do controle de jornada, hoje a lei muda esta realidade. Isso porque para os motoristas que transportam passageiros já vivem outra realidade há algum tempo. Esses já possuem jornada controlada e seus reflexos. A passagem de ônibus, o revezamento de motoristas já eram formas de controlar e garantir condições saudáveis de prestação de serviços desse tipo de empregado.

Nesse viés a nova lei faz a diferença na vida daqueles trabalhadores que transportam cargas, pois vem a estabelecer que a cada quatro horas o trabalhador faça um intervalo 30 (trinta) minutos. Isso assegura condições de higiene e segurança ao trabalhador, e ainda, mais segurança aos demais usuários das rodovias.

O Grande avanço trazido pela Lei 12.619 de 2012 consiste no controle da jornada de trabalho do motorista. Uma vez que a sua falta faz incidir consequências desastrosas não só para a saúde do próprio trabalhador, como também para a sociedade, que fica exposta a condições de risco.

Conforme Moraes (2012) em cada três motoristas rodoviários de carga, um utiliza substâncias químicas ou entorpecentes para suportar as longas jornadas de trabalho, que muitas vezes extrapolam as dezesseis horas de trabalho por dia. Isso compromete a saúde dos motoristas, e também resulta em milhares de acidentes, configurando, segundo o Ministério da Saúde, um grave caso de saúde pública. Portanto denota a grande importância em estabelecer limite à jornada de trabalho do motorista.

Desse modo, ganha notoriedade a prescrição do art. 2º da nova Lei do Motorista ao passo que elenca como direito do motorista profissional o controle da jornada de trabalho, que deve ser feito pelo empregador.

O aludido dispositivo faz referência ao controle da jornada, bem como do tempo de direção. Jornada de trabalho como já devidamente descrito e conceituado anteriormente, consiste no tempo em que o trabalhador presta serviço para empregador e, ainda, o tempo a sua disposição. Deve ser feito esclarecimento então, acerca do tempo de direção, introduzido pela lei em comento que deu redação ao art. 67-A do CTB. Tempo de direção é o lapso temporal em que o condutor permanece no volante entre a origem e o destino.

Quanto ao motorista empregado, tem-se que o empregador deverá controlar a jornada de trabalho e o tempo de direção. Já quanto ao motorista autônomo, ele mesmo deverá realizar tal controle. Essa interpretação decorre da análise sistemática do dispositivo acima transcrito e do art. 67-C do CTB.

4.5 Exclusão da jornada de trabalho

A Lei do Motorista exclui da jornada de trabalho os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso. Porém, ressalta-se que não é possível excluir da jornada de trabalho as paradas com finalidade de realizar reparo ou abastecimento do veículo. (MORAES, 2012).

Segundo o art. 235-C, § 2º da CLT, é considerado trabalho efetivo o tempo em que o motorista estiver à disposição do empregador. Todavia, esse entendimento entra em conflito com a prescrição do art. 4º da CLT, que diz: “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”. Percebe-se que está compreendido na jornada de trabalho o tempo em que o trabalhador fica aguardando ou executando ordens.

Segundo Alemão (2012) a intenção da Lei foi distinguir trabalho efetivo de trabalho de espera para gerar consequências jurídicas. Nesse ponto, importante dizer que os intervalos obrigatórios previstos na CLT, art. 71, não são considerados como jornada de trabalho. São excluídos da jornada do motorista o “tempo de espera” e o “tempo de reserva” analisado a frente. A seguir serão abordados os meios de realizar o controle da jornada, bem como quem são os responsáveis.

4.6 Meios de controle preferencialmente por disco ou fita de diagrama

O intervalo intrajornada destina-se à alimentação e repouso do trabalhador. Dessa forma, o intervalo visa a preservar a saúde física e mental do empregado, consiste, portanto, em desdobramento do direito à vida e à saúde.

A regra geral sobre intervalo intrajornada está prevista no art. 71 da CLT, que prevê intervalo de, no mínimo, uma hora. E segue no § 1º do mesmo artigo a previsão de que jornada inferior a quatro horas não dá ensejo a intervalo. Já a jornada superior a quatro horas e inferior a seis requer que seja feito intervalo de quinze minutos.

A limitação da jornada de trabalho do motorista era um imperativo para a garantia da manutenção da sadia qualidade de vida do trabalhador bem como da sociedade. Nesse sentido a lei em comento foi de grande relevância ao passo em que fixou formas de controlar a jornada de trabalho do motorista.

Moraes (2012) esclarece que quando a Lei alude à expressão “jornada de trabalho” está querendo se referir aos motoristas empregados e quando trata sobre o “tempo de direção” está se referindo tanto aos empregados quanto aos autônomos.

Quando se trata de motorista empregado a lei aponta o empregador a obrigação de controlar a jornada dos trabalhadores, isso é o que se infere da leitura do artigo 2º, V da Lei. Quanto aos autônomos, eles próprios que devem realizar o controle do seu tempo de direção de acordo com o artigo 67-C da Lei.

Sobre os meios de controle, a Lei 12.619/2012 listou para realizar o controle da jornada o diário de bordo, a papeleta ou ficha de trabalho externo. Conforme Moraes (2012) é alvo de crítica o fato de a norma deixar o meio de controle ao livre arbítrio do empregador. É cediço que, por exemplo, o uso de papeleta é prática que pode facilmente sofrer fraude.

Porém, não se pode olvidar que a prática de fraude pode ser motivo de incidência da legislação penal, que prevê como crime frustrar mediante fraude ou violência a legislação trabalhista. A pena é detenção de um a dois anos e multa (CP, art. 203).

Sobre a fiscalização do tempo de direção e intervalo para descanso a Resolução 405 do CONTRAN, preconiza que a análise será feita, preferencialmente sobre disco ou fita diagrama do registrador instantâneo e inalterável de velocidade ou outros meios eletrônicos idôneos. Deixando a verificação do diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo em segundo plano.

A Resolução 405 de origem do Poder Executivo, demonstra coerência ao estabelecer que prioritariamente a fiscalização deve ocorrer através do disco ou fita diagrama do registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo e outros meios eletrônicos idôneos.

Neste ponto do estudo é importante trazer à baila o fato de que os beneficiários dos serviços prestados pelo motorista profissional também são corresponsáveis pelo controle do tempo de direção. Isso ocorre em decorrência da má estrutura de fiscalização nas rodovias brasileiras, o que dificulta o controle e atribuir esta função ao motorista autônomo é verdadeira facécia.

Atento a isso o legislador visando à garantia da eficácia normativa, atribuiu ao beneficiário do serviço a corresponsabilidade civil e penal pelo controle do tempo de direção. Entretanto, no que toca a responsabilidade penal houve veto presidencial. Por outro lado a responsabilidade civil foi mantida através da redação do parágrafo 7º do artigo 67-A do CTB dada pela Lei do Motorista. Veja a redação do dispositivo legal:

§ 7º Nenhum transportador de cargas ou de passageiros, embarcador, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador de transporte multimodal de cargas ou agente de cargas permitirá ou ordenará a qualquer motorista a seu serviço, ainda que subcontratado, que conduza veículo referido no caput sem a observância do disposto no § 5º.

Do mesmo modo regulou a Resolução 405 do CONTRAN em seu artigo 4º, demonstrando a preocupação por parte do Poder Executivo e responsabilizando também na esfera administrativa o usuário do serviço prestado pelo motorista.

Desse modo, o destinatário do serviço prestado pelo motorista deverá, em caso de viagem com duração maior que um dia, verificar se o trabalhador realizou um intervalo mínimo de onze horas de descanso na sua totalidade.

4.7 Duração da viagem de longa distância

É considerada de longa distância a viagem que dure mais de 24 (vinte e quatro) horas, inteligência do art. 235-D da CLT, redação dada pela Lei 12.619/12: “Nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, serão observados:”. Nesse caso o empregado a cada 4 (quatro) horas deve parar e descansar 30 (trinta) minutos. O tempo de descanso e direção pode ser fracionado de outra forma, diferente da prevista, porém de nenhuma forma pode ultrapassar as 4 (quatro) horas no volante.

A Lei do Motorista deu redação ao art. 235-E da CLT, § 1º, instituindo o Descanso Semanal Remunerado ao motorista em viagens de longa distância. Assim, o descanso referido será de 36 (trinta e seis horas) semanais.

De acordo com Moraes (2012) essas 36 horas estão acrescidas das 11 (onze) horas de intervalo interjornada. Assim, na verdade o intervalo semanal para as viagens de longa distância é de 25 (vinte e cinco) horas semanais, já nas viagens de curta duração, o DSR será de 24 (vinte e quatro) horas semanais acrescidas também das 11 (onze) horas de intervalo interjornada.

Por fim, a norma estipulou a possibilidade de acumular os DSRs, devido caso não haja condições adequadas para seu gozo ao longo da viagem. O § 1º, do artigo 235-E da CLT permitiu a acumulação sem qualquer limite. Para Moraes (2012) esse entendimento pode configurar absurdos, sendo indispensável empregar o critério da razoabilidade.

Ainda, o trabalhador exposto a viagem de longa distância tem direito a realizar intervalo de 1 hora para realizar refeição e repouso diário com veículo parado. Nesse ponto cabe frisar que a lei considera descanso aquele realizado em alojamento, em hotel e também na cabine do veículo.

Passa-se a analisar outra modalidade da Lei 12.619 de 2012, o “tempo de reserva”, que trata, em síntese, do tempo em que o motorista fica repousando no veículo em decorrência de revezamento entre motoristas.

4.8 Tempo de reserva do motorista e jornada extraordinária

A Lei do Motorista prevê como tempo de reserva aquele em que há revezamento entre dois motoristas, por exemplo. Nesse caso o trabalhador permanece em repouso no veículo em movimento, previsão do art. 235-E, § 6º da CLT. Moraes (2012) afirma que quando o tempo de reserva somente será configurado se ultrapassar o horário da jornada normal de trabalho.

A remuneração do “tempo de reserva” será correspondente a 30% do valor da hora normal, diferente do “tempo de espera” que é remunerado integralmente com adicional de 30%.

Jornada extraordinária é o período de tempo que ultrapassa a jornada de trabalho normal e o empregado permanece prestando serviço ou fica disponível ao empregador. Importante dizer que pode haver a prorrogação da jornada sem a incidência do adicional remuneratório é o que ocorre na compensação da jornada, por exemplo.

Assim o período que ultrapassar as 8 (oito) horas diárias de trabalho irá configurar a prorrogação da jornada. A seguir serão analisadas duas formas de jornada extraordinária: a compensação de horas e a prorrogação da jornada que dá ensejo ao recebimento do adicional de, no mínimo, 50% sobre a hora normal.

4.8.1 Compensação de horas

A compensação de horas consiste na prorrogação da jornada realizada mediante acordo de compensação, conhecido como “banco de horas”. Esta espécie deve ser disciplinada por convenção ou acordo coletivo de trabalho, onde o as horas trabalhadas a maior em um dia serão diminuídas em um outro dia. Todavia, a compensação deve ser realizada, no máximo, em um ano, e ainda, o limite de duas horas diárias deve ser respeitado. (SARAIVA, 2009).

A presente modalidade de prorrogação de jornada tem fundamento na CLT, art. 59, § 2º. Importante dizer que o trabalhador não fará jus ao adicional de 50% previsto na Constituição Federal. Porém, incidirá o referido adicional na hipóteses de haver rescisão do contrato de trabalho sem a devida compensação.

Sobre este assunto versa a Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho:

Regime de Compensação de Horário Semanal - Pagamento das Horas Excedentes

I - A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.

II - O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.

III - O mero não-atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

IV - A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.

Em que pese o texto da Súmula transcrita, Saraiva (2009), entende que a compensação de jornada admitida por acordo individual escrito seria possível somente para compensação dentro da semana. Seria o exemplo do trabalhador que presta serviço uma hora a mais por dia da semana e folga no sábado. Na visão do autor não seria possível o acordo individual para compensação de horas na incidência do “banco de horas”, pois nesse caso deve haver intervenção sindical e negociação coletiva.

No que tange ao motorista, a Lei 12.619/12 deu redação ao Art. 235-C, § 6º da CLT: “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”.

Assim, é possível a prorrogação de jornada de trabalho sob a forma de compensação ao motorista, sendo que a Lei do Motorista de forma positiva, estabeleceu o requisito da negociação coletiva para tanto.

4.8.2 Incidência de horas extras

A Constituição Federal, art. 7º, XVI prevê a possibilidade de o trabalhador realizar horas extraordinárias e receber adicional de, no mínimo, 50% sobre a hora normal em razão disso. Frise-se que o trabalhador poderá estar efetivamente trabalhando ou simplesmente à disposição das ordens do empregador para fazer jus à remuneração, desde que, extrapole a jornada normal de trabalho.

O acordo poderá ser individual ou coletivo de acordo com a CLT, art. 59, entretanto não pode ultrapassar a duas horas diárias. Ultrapassando as duas horas o empregador deverá

pagar todas as horas trabalhadas, inteligência da Súmula 376 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰.

Assim como na Constituição, a Lei 12.619/2012, art. 3º, que deu redação ao art. 235-C “Admite-se a prorrogação da jornada de trabalho por até 2 (duas) horas extraordinárias”. O pagamento dessas horas serão feitas conforme prescreve a Constituição Federal, ou seja, a hora extra será remunerada com acréscimo de 50% da hora normal, assim é a previsão do art. 7º, XVI: “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% por cento à do normal”

Isso se dá em decorrência do próprio texto legal que assevera: “As horas consideradas extraordinárias serão pagas com acréscimo estabelecido na Constituição Federal ou mediante instrumentos de acordos ou convenção coletiva de trabalho”.

A grande mudança é a possibilidade de incidirem as horas extras para o trabalho de motoristas, que antes eram excluídos. Assim, o controle da jornada representa em grande avanço, pois antes de sua edição, a jurisprudência trabalhista vinha entendendo que o motorista enquadrava-se no inciso I, do art. 62 do texto consolidado, deixando-o excluído do sistema de horas-extras. Veja jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região:

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO. MOTORISTA. TACÓGRAFO. A exclusão de certos empregados do regime de jornada previsto no art. 62, inciso I, da CLT, decorre de presunção relativa, no sentido de que os trabalhadores que exercem atividades externas não estão sujeitos à fiscalização e controle de jornada. Todavia, tal presunção pode ser elidida, ante o Princípio da Primazia da Realidade, norteador do Direito do Trabalho. No caso em apreço, o Reclamante não conseguiu comprovar que sua jornada era controlada, mesmo porque o tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos probatórios, não demonstra a fiscalização da jornada, nos termos consagrados na Orientação Jurisprudencial nº 332 da SDI-I do c. TST. Portanto, estando o motorista enquadrado dentre as exceções do art. 62, I, da CLT, por exercer trabalho externo e não tendo comprovado haver o controle de sua jornada, indevidas as horas extras pleiteadas. Nego provimento. (TRT 23ª região. Processo 00556.2007.041.23.00-0. Desembargadora Leila Calvo. Data da publicação: 25/07/2008).

Conclui-se que anteriormente à edição da Lei 12.619 de 2012, o motorista ficava, em regra, excluído da incidência de horas extraordinárias. Podendo haver a incidência em caso de pleito judicial, acaso provado, em juízo, que a jornada sofria controle por parte do empregador. Assim, é evidente que este ponto da Lei trouxe avanços aos direitos trabalhistas dos motoristas.

¹⁰ **Horas Extras - Limitação Legal - Cálculo dos Haveres Trabalhistas I** - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas.

II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no "caput" do art. 59 da CLT.

No próximo tópico serão abordadas algumas mudanças introduzidas pela nova Lei do Motorista Profissional, à luz da Constituição Federal de 1988.

5. INTERPRETAÇÃO DA LEI 12.619 DE 2012 À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A edição da Lei 12.619 trouxe avanços para a categoria dos motoristas profissionais, nomeadamente o direito à limitação da jornada de trabalho, medida de grande relevo no que pertine à medicina e segurança do trabalhador. Todavia é necessário realizar uma análise sobre pontos específicos trazidos pela Lei para refletir sobre sua constitucionalidade ou não.

Salienta-se que a análise sobre a constitucionalidade ou não de alguns dos dispositivos sobre o diploma em debate insere-se na temática atinente ao Trabalho Digno, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil como direito fundamental social.

Desse modo, sendo a jornada de trabalho conteúdo material dos Direitos Fundamentais brasileiros, sua observação é obrigatória para a efetivação dos Direitos Humanos do trabalhador.

Importante dizer que, devido à novidade da matéria relativa à jornada do motorista, ainda não há um arcabouço bibliográfico consistente sobre o tema. Assim a intenção é trazer a tona o debate e conseqüentemente a melhor interpretação e o exercício da influência da pesquisa nas transformações sociais.

5.1 A inconstitucionalidade do “tempo de espera” por não configurar em horas-extras

O tempo de espera contempla novidade legal, sua previsão no § 8º do art. 235-C da CLT, corresponde ao tempo excedente à jornada normal de trabalho no qual o motorista aguarda o carregamento ou descarga da mercadoria. Também adentra nesse conceito o tempo despendido para sofrer fiscalização da mercadoria em barreiras fiscais ou alfandegárias. Barreiras fiscais são aquelas realizadas pelas Receitas Estaduais nos postos de fiscalização entre um estado e outros, já barreiras alfandegárias são realizadas pela Receita Federal nas zonas de fronteira do País e servem para fiscalizar a entrada e saída de produtos no território nacional.

Conforme a nova legislação, esse tempo despendido pelo empregado não configura horas-extras. O legislador através de dois comandos legais tentou revestir tal previsão de constitucionalidade, o que, entende-se, de forma totalmente distorcida ao espírito da Constituição Federal de 1988. O primeiro comando está previsto no art. 235-C, § 8º, onde

prescreve que o tempo de espera não será computado como horas extraordinárias. O segundo comando vem logo a seguir no § 9º, da mesma Lei onde assevera que o valor a ser pago pelo tempo de espera do motorista consiste em verba indenizatória e não salarial.

Também consiste em tempo de espera o período em que o trabalhador, extrapola a sua jornada para permanecer junto ao veículo por exigência do empregador nas viagens de longa distância, interpretação dada através, do art. 235-E, § 4º da CLT: “O motorista fora da base da empresa que ficar com o veículo parado por tempo superior à jornada normal de trabalho fica dispensado do serviço, exceto se for exigida permanência junto ao veículo, hipótese em que o tempo excedente à jornada será considerado de espera”.

Moraes (2012) entende que isso ocorre devido a falta de disponibilização, por parte do empregador, de custeio para as despesas de hospedagem ou local apropriado para repouso. Conforme o autor faltam as condições mínimas de descanso para que o trabalhador possa gozar de seu tempo livre. Deve-se lembrar que o período de embarque e desembarque pode significar muitos dias seguidos em algumas hipóteses. Situação que figura o exercício de trabalho indigno. Isso pode decorrer, não da omissão do empregador, mas sim de atitudes do embarcador, que atualmente também responsabiliza-se por garantir as condições sanitárias de conforto mínimas previstas pelas Normas Regulamentadoras do MTE.

Já na hipótese de o empregado preferir permanecer na “boleia” após a jornada de trabalho, entende-se que o preceito é inconstitucional, porque, à luz do art. 4º da CLT, constitui-se jornada o tempo que o empregado fica à disposição do empregador. Logo, sendo jornada e extrapolando a 8ª hora diária, isso irá configurar hora extra fazendo uma interpretação à luz da CF.

5.1.1 A inconstitucionalidade da remuneração do tempo de espera e jornada de 12 X 36

Sobre a remuneração do tempo de espera o art. 235-C, § 9º da CLT determina que o tempo de espera, que extrapole a jornada de oito horas, seja indenizado com adicional de 30% sobre o salário-hora. As exclusões do tempo de espera da configuração da jornada de trabalho bem como a forma de remuneração incidem em lesão frontal ao texto da Constituição Federal.

O lapso temporal em que o trabalhador se coloca à disposição do empregador deve ser considerado em cumprimento de jornada de trabalho e, portanto, extrapolando da jornada normal, deveria incidir o adicional de horas extras e por consequência o adicional de 50% sobre a hora normal e não 30%.

A jurisprudência, até a edição da Lei do Motorista, vinha entendendo que cabia o recebimento de horas extras, caso o trabalhador extrapolasse as oito horas diárias. Nesse

sentido a jurisprudência para conferir ao trabalhador o adicional de 50% de horas extras, conforme previsão na CF, art. 7º, XVI. Assim decidiu a segunda turma do TST no dia 30 de junho de 2004, publicação DJ 20/08/2004, em sede do Recurso de Revista número 6886647120005035555 688664-71.2000.5.03.5555.

A CLT, art. 457, § 1º estabelece que “Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador”, assim, da redação infere-se que o adicional de hora extra tem natureza jurídica salarial e não indenizatória. Por consequência, o adicional de 30% é inconstitucional por ferir o princípio da irredutibilidade (CF, art. 7º, VI) e o próprio adicional de horas extra, que é salarial (CF, art. 7º, XVI).

Além disso, através de um entendimento analógico da Súmula 101 do TST, com a seguinte redação: “Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens”, percebe-se que o montante pago a este título deverá integrar a remuneração do trabalhador para todos seus efeitos, caso a remuneração pelo tempo de espera ultrapasse a 50% do salário do motorista. (MORAES, 2012).

No que tange a jornada de 12 X 36 horas, a Lei 12.619/12 prevê que através de acordo coletivo é possível que o trabalhador realize jornada de 12 horas por 36 horas de descanso. O artigo terceiro da Lei deu redação ao artigo 235-F da CLT: “Convenção e acordo coletivo poderão prever jornada especial de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso para o trabalho do motorista, em razão da especificidade do transporte, de sazonalidade ou de característica que o justifique”.

Entende-se que tal previsão apresenta frontal lesão à previsão literal da Constituição, bem como ao espírito que a Constituição Federal pretende dar aos Direitos Fundamentais, em especial, dos trabalhadores, que limita a jornada diária em 8h (inciso XIII do art. 7 da CF). Contudo, podem insurgir opiniões opostas com fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o que se extrai do ARE 673732, publicado no dia 5 de março de 2012, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes¹¹.

Percebe-se que o Guardião da Constituição admite a jornada de 12 X 36 por meio de previsão em norma coletiva. Contudo, é uma decisão diante do caso concreto, diferente do que ocorre quando há previsão abstrata em lei nesse sentido.

¹¹ TRABALHISTA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. JORNADA DE TRABALHO DE 12X36 HORAS. COMPENSAÇÃO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. VALIDADE. HORAS EXTRAS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXV, LIV E LV, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (...).

Assim, entende-se a previsão em comento inconstitucional e passível de sofrer controle de constitucionalidade abstrato, uma vez que, a lei em tese, não pode contrariar os ditames constitucionais sob pena de ser expurgada do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o artigo 7º, XIII da Carta Magna é clara ao determinar jornada de trabalho de oito horas.

Entretanto, não é possível deixar de referir a Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho também admitindo a validade da escala 12 X 36, veja *in verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

Não obstante o exposto, é mister dizer que as súmulas do TST não são vinculantes e que muitas vezes necessitam inúmeros debates judiciais para que os direitos trabalhistas não sejam preteridos. E ainda, atividade do motorista é extremamente desgastante e perigosa, sendo as pausas e limitações de jornada um imperativo à saúde, não só do motorista, mas de toda a sociedade.

Moraes (2012) assevera que a previsão legal da jornada 12 X 36 significa um verdadeiro retrocesso social. Conforme o entendimento de Alemão (2012), além da negociação coletiva deve ser justificado em razão da especificidade do transporte, de sazonalidade ou característica. Pode também ser justificada a escala para realizar reparos, ou ainda, a lei diz em outros casos, deixando uma margem extensa de subjetividade. Assim, a norma coletiva deve ser analisada com bastante acuidade sob pena de ser considerada nula.

Visto que o pagamento das horas extraordinárias possui natureza alimentar, pois integra o salário e que jornada superior a oito horas diárias lesa a saúde do trabalhador, percebe-se nesse ponto à ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois os direitos referidos são tutelados pela Constituição Federal, portanto são direitos fundamentais.

5.3 Inconstitucionalidade do fracionamento do intervalo da jornada

Verifica-se que o artigo 4º da Lei 12.619 de 2012 que deu redação ao § 5º do artigo 71 da CLT viola os direitos tutelados pela Constituição ao combinar o fracionamento do intervalo e a possibilidade de prorrogar as 8 (oito) horas diárias.

Deve-se lembrar que a negociação coletiva encontra limites ao passo que forem prejudiciais à saúde e segurança do trabalhador. O Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial 342 em 2004 considerando “inválida cláusula de acordo ou

convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução de intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública, infenso à negociação coletiva”.

Note que a regra geral é o não fracionamento. Entretanto, em 2009 a OJ em comento foi alterada criando uma exceção para motoristas e cobradores de transporte público coletivo urbano permitindo fracionar intervalos intrajornada por negociação coletiva, desde que, garantida a redução da jornada de trabalho para 7 (sete) horas diárias ou 42 (quarenta e duas) semanais não prorrogadas.

Parece que a Lei debatida, desejou trazer, para o seu texto, a diretriz da OJ 342 da SDI-I, mas de forma lesiva. Isso porque a OJ exigia que para fracionar não poderia haver prorrogação de horas, já a Lei 12.619 não condiciona o fracionamento ou redução do intervalo ao cumprimento de jornada reduzida e não prorrogável. É presumível que a Justiça Laboral mantenha o entendimento da condição de não prorrogação de horas para que haja concessão do fracionamento dos intervalos (ALEMÃO, 2012).

Percebe-se a partir do exposto que o fracionamento da jornada de trabalho do motorista profissional fere a dignidade do trabalhador devido a não observância das regras de medicina e segurança que buscam a integridade do direito à saúde derivado do próprio direito à vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a Lei 12.619 de 2012 - Nova Lei do Motorista - sob um viés constitucional, nomeadamente à luz do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A dignidade é o ponto em comum que os Direitos Humanos Fundamentais. São direitos intrínsecos ao ser humano, que estabelecem condições mínimas para a existência da pessoa.

Os Direitos Humanos que constam na Constituição Federal de 1988 consistem em Direitos Fundamentais e neles estão abrangidos os direitos sociais, e, portanto, o Direito do Trabalho. O Trabalho Digno, em especial, refere-se à observância do patamar civilizatório mínimo e é consagrado como um direito humano fundamental em tratados internacionais, na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais.

Foram analisados também aspectos gerais no que tange à jornada de trabalho. E, ainda, examinado, especificamente, a jornada de trabalho do motorista profissional a partir do novo diploma legal que lhe foi outorgado. E, por fim, foram abordadas questões controvertidas em relação a sua constitucionalidade.

Até o nascimento da Lei em comento, o controle da jornada de trabalho consistia em necessidade imperiosa, visto que os motoristas muitas vezes ficavam expostos a jornadas extenuantes, propiciando severos riscos, não só a sua própria saúde, como também de toda a coletividade.

A Lei do Motorista trouxe avanços no sentido de proporcionar melhoria na qualidade de vida desse segmento, e ainda diminuir os riscos de acidentes envolvendo caminhoneiros exaustos e muitas vezes sob efeito de medicamentos e entorpecentes.

O trabalhador objeto da Lei em análise é o motorista de carga ou passageiro empregado ou autônomo. Ao motorista empregado aplicam-se as mudanças que atingiram tanto a Consolidação das Leis Trabalhistas, quanto o Código de Trânsito Brasileiro. Já os motoristas autônomos serão atingidos somente pelas mudanças em âmbito do Código de Trânsito Brasileiro.

Em que pese os avanços trazidos pela nova legislação, alguns de seus dispositivos ferem preceitos positivados na Constituição Federal de 1988, e, por conseguinte, o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social (esse princípio mereceria, acima onde foi citado - Canotilho - maior desenvolvimento, com citação de outros autores), ao passo que estabelecem, em algumas passagens, redação contrária ao texto Constitucional. Disso, deflagra-se, também, lesão ao direito fundamental ao Trabalho Digno. Exemplificativamente, cita-se a possibilidade de realização de jornada de doze horas, a indenização e não remuneração do “tempo de espera” em 30%, o fracionamento dos intervalos para descanso.

Assim, cabe ao aplicador do direito, diante de um caso concreto, realizar uma interpretação sistemática, sopesando as normas Constitucionais, os Princípios Trabalhistas e a Lei 12.619 de 2012, para fazer prevalecer a norma mais favorável ao trabalhador, dando densidade ao que preconiza o "caput" do art. 7º da CF.

Quanto às questões neste estudo consideradas inconstitucionais, entende-se que as mesmas devem ser submetidas ao controle de constitucionalidade concentrado. Para tanto, um dos legitimados pela Constituição Federal elencados no rol do art. 103 deve propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade frente ao Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela guarda da Constituição, sob pena de lesão frontal ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMÃO, Ivan. **Comentários à Lei do Motorista (Lei 12.619 de 30.04.2012)**. Disponível em <<http://ivanalemaouff.blogspot.com.br/p/livros-publicados-recentemente.html>>. Acesso em: 04 mar 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

_____. **Lei 12.619 de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12619.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

_____. **Lei 11.442 de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11442.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Súmula n. 376, acrescentada pela resolução Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Orientação Jurisprudencial 342, cancelada. Convertida para item da Súmula 437 TST. Resolução 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/09/2012.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CONSELHO ISLÂMICO. **Declaração dos Direitos Humanos do Islã**, de 19 de setembro de 1981. Disponível em:< http://www.nepp-dh.ufrj.br/declaracao_islamica.html>. Acesso em 04 mar. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRARI, Juliana Spinelli. **Síndrome de Burnout**. 2013. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/psicologia/sindrome-burnout.htm>>. Acesso no dia 22 de março de 2013.

IN METRO, Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. 2013. **O que é Cronotacógrafo?** Disponível em <<http://dipin.inmetro.rs.gov.br/cronotacografo/o-que-e-cronotacografo>>, acesso no dia 21 de março de 2013.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 14ª ed. Rio de Janeiro: fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Paulo Douglas Almeida de. **Abordagem holística sobre nova regulamentação da profissão do motorista (Lei n. 12.619/2012)**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22405/abordagem-holistica-sobre-nova-regulamentacao-da-profissao-do-motorista-lei-no-12-619-2012>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

OIT LISBOA. **Trabalho digno – a chave do progresso social**. Disponível em : <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_02_pt.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 04 mar. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª ed. São Paulo. Max Limonad, 2000.

RIBEIRO, Marco Aurélio. **Lei 12.619 de 2012**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=N418-tBF-4o&feature=relmfu>>. Acesso em: 29 set. 2013.

SANTOS e CORREIA, Élisson Miessa dos; Henrique. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST: comentadas e organizadas por assunto**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TRT 23a região. Processo 00556.2007.041.23.00-0. Desembargadora Leila Calvo. Data da publicação: 25/07/2008.