

ABORDAGEM HOLÍSTICA SOBRE NOVA REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DO MOTORISTA (LEI N. 12.619/2012)¹

Paulo Douglas Almeida de Moraes²

Sumário: I – Introdução; II – Disposições Gerais da Lei (arts 1º e 2º, da lei); II.1) Alcance subjetivo da norma (art. 1º, da lei); II.2) Direito dos motoristas profissionais empregados ao controle de jornada e do tempo de direção (art. 2º, V da lei); II.2.1) Consequências práticas da diferença conceitual entre jornada e tempo de direção; II.2.2) Responsável pelo controle da jornada e do tempo de direção; II.2.2.1) Da corresponsabilidade dos beneficiários dos serviços prestados pelo motorista profissional para com o controle do tempo de direção; II.2.3) Meios de controle; III – Inovações na CLT (arts 3º e 4º da lei); III.1) Deveres dos motoristas profissionais e novas modalidades de infrações disciplinares (art. 235-B, CLT); III.2) Regras atinentes à Jornada de Trabalho (arts. 235-C..235-F, CLT); III.2.1) Identificação dos limites de jornada (art. 235-C e 235-F, CLT); III.2.1.1) Da inconstitucionalidade do 235-F, CLT (jornada “12 x 36”); III.2.2) Tempo computado como jornada de trabalho (art. 235-C, § 2º, CLT); III.2.3) “Tempo de espera” (art. 235-C, § 8º c/c art. 235-E, §§ 4º e 5º, CLT); III.2.3.1) Remuneração do “tempo

1 Texto originalmente publicado na edição de julho/2012 na revista “O Trabalho”, devidamente atualizado com a nova jurisprudência do C. TST e com os desdobramentos decorrentes da regulamentação do CONTRAN

2Procurador do Trabalho da 24ª Região; ex-Juiz do Trabalho da 15ª Região; ex-Auditor Fiscal do Trabalho, bacharel em Direito e Administração de Empresas, pós-graduado em Administração de Sistemas e de Informações Gerenciais; Coordenador, no Estado de Mato Grosso do Sul, da Coordenadoria de Promoção da Liberdade Sindical do MPT – CONALIS e da Coordenadoria de Promoção da Liberdade Sindical– CONALIS e da Coordenadoria de Combate às Fraudes nas Relações de Emprego – CONAFRET. Coautor da Ação Civil Pública que deu origem ao debate que redundou na edição da Lei n. 12.619/2012.

de espera” (art. 235-C, § 9º, CLT); III.2.3.2) Considerações finais acerca do “tempo de espera” (art. 235-C, § 9º, CLT); III.2.4) Tempo de descanso ou “intervalo de direção” (art. 235-D, I da CLT e art. 67-A, 1º do CTB); III.2.5) “Tempo de reserva” (art. 235-E, §§ 6º e 7º, CLT); III.3) Disposições especiais no caso de Viagem de Longa Distância (arts. 235-D e 235-E, CLT); III.3.1) O Descanso Semanal Remunerado nas viagens de Longa Distância (art. 235-E, § 1º, CLT); III.3.2) Ocorrência de força maior nas viagens de Longa Distância (art. 235-E, CLT); III.4) Restrições às modalidades de remuneração judiciais ao controle da jornada (art. 235-G, CLT); III.4.1) Intangibilidade contratual e alteração da modalidade de remuneração; III.5) Delegação à norma coletiva para regulação de jornadas especiais (art. 235-H, CLT); III.6) Fracionamento do intervalo intrajornada (art. 71, §5º, CLT); III.7) Instrumento coletivo aplicável ao empregador com atividade em várias localidades; IV - Aplicabilidade Transversal das Normas Regulamentadoras do MTE ao Meio Ambiente Laboral dos Motoristas (art. 9º da lei); V – Considerações Finais.

Resumo: A Lei n. 12.619/2012, fruto de um profícuo processo de negociação entre patrões e empregados mediado pelo Ministério Público do Trabalho, veio estabelecer regras que abordam importantes aspectos da profissão dos motoristas transportadores de carga e pessoas, especialmente no que toca a limitação da jornada de trabalho e do tempo de direção, abrangendo motoristas empregados e autônomos. Esta norma não deve ser apenas lida, mas sobretudo compreendida. Compreendida em consideração ao histórico abandono e indigência que imperava até seu advento, pois somente assim é possível perceber que dispositivos cuja literalidade aparentam retrocesso, são, em verdade, grandes avanços. Contudo, a par dos numerosos avanços ora conquistados, há disposições flagrantemente inconstitucionais e que, de fato, comportam retrocessos sociais, desse

modo sobreleva a responsabilidade dos aplicadores do direito, que deverão buscar no suporte axiológico do Direito do Trabalho e da Constituição as ferramentas necessárias para extrair e aplicar o que há de positivo na norma e afastar o que há de ruim. Nesta linha, cabe registrar a obscura e até mesmo contraditória atuação do CONTRAN, que ao editar a Resolução n. 405/2012, positivou regulamento *praeter legem* que muito contribuiu para o aperfeiçoamento da norma. Todavia, dando ressonância à pressão de grupos que defendem interesses flagrantemente ilegítimos, subsequentemente o CONTRAN editou a Resolução n. 417/2012 que, em termos práticos, mitigou gravemente a eficácia da lei, fato que levou o MPT a travar uma verdadeira batalha judicial e extrajudicial a fim de restabelecer a almejada segurança jurídica. Os desdobramentos desse embate ainda são incertos. Enfim, está-se diante de uma realidade em transformação, cuja consolidação positiva ou negativa dependerá, fundamentalmente, da postura dos atores envolvidos na criação da própria lei. Os últimos acontecimentos demonstram que a ruptura de paradigmas operada pela norma encontra resistência no centro do poder, fato que demanda fôlego e firmeza de princípios das instituições imbuídas em fazer valer as leis neste suposto Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: motorista profissional – Lei 12.619/2012 – Resolução CONTRAN 405/2012 – jornada de trabalho – tempo de direção – Resolução CONTRAN 417/2012.

I – INTRODUÇÃO



necessidade de regulamentação da profissão do motorista rodoviário transportador de cargas e de pessoas não é assunto novo. A matéria é debatida há décadas, contando com dezenas de projetos de lei tramitando nas duas casas do Congresso Na-

cional. Contudo, dado o antagonismo de interesses de patrões e empregados, bem como o notório caráter estratégico do assunto, as louváveis iniciativas de sindicalistas e congressistas não se mostraram exitosas.

A discussão recebeu destacado impulso a partir da propositura, em 12/12/2007 na cidade de Rondonópolis/MT, da Ação Civil Pública n. 1372.2007.021.23.00-3, que contou, em 17/12/2007, com o deferimento da liminar então pleiteada por parte do Exmo. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Rondonópolis que, embora tenha vigido por pouco tempo, demonstrou que o debate e solução para a questão da limitação da jornada dos motoristas era inadiável.

Dessa provocação judicial decorreu uma inédita aproximação, em escala nacional, das representações classistas laborais e patronais, ambas imbuídas pelo objetivo comum de construir um consenso em torno de um dos mais agudos problemas do segmento – a limitação da jornada de trabalho e do tempo de direção dos motoristas e a adaptação e criação da infraestrutura ambiental necessária para que os motoristas possam exercer sua atividade de modo seguro, saudável e digno.

O fruto desse processo de negociação, habilmente mediado pelo Ministério Público do Trabalho, foi corporificado no Projeto de Lei n. 99/2007, que recebeu amplo apoio de Senadores e Deputados Federais.

O aludido projeto, após ser levado à sanção presidencial, lá tendo recebido vários vetos jurídicos, deu origem à Lei n. 12.619/2012, que, finalmente veio regular a complexa e multifacetada profissão do motorista rodoviário transportador de cargas e passageiros e, como era de se esperar, seu conteúdo e alcance já inspira acalorados debates, vez que a par de trazer inestimável contribuição para milhões de motoristas profissionais, especialmente quanto ao controle da jornada de trabalho e do tempo de direção, foi redigida com a atecnia própria dos textos resultantes do consenso entre interesses conflitantes.

Essa característica uterina da norma reflete-se na posição de dispositivos vanguardistas ao lado de outros claramente retrógrados ou, até mesmo, flagrantemente inconstitucionais.

O presente estudo, embora intitulado com o adjetivo “holístico” é ainda perfunctório e não tem a pretensão de fixar balizas hermenêuticas inamovíveis (mesmo porque estas inexistem). Pretende-se apenas dar início ao necessário estudo para que caminhos se abram no sentido de extrair e aplicar o há de bom na nova lei, bem como de encontrar os meios de coibir ou mesmo extirpar o que nela há de ruim.

O projeto de lei que resultou na norma em comento possuía quatro blocos normativos, um de normas trabalhistas, um de normas de trânsito, um de normas de infraestrutura e outro de norma intersindical. Esses quatro blocos estavam dispostos, parte com norma esparsa, parte inserida da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e parte inserida no Código de Trânsito Brasileiro – CTB.

Embora pecando pela falta de técnica, verifica-se que o projeto de lei visou conferir uma solução completa para a questão, contemplando disposições aplicáveis aos motoristas empregados e aos autônomos, bem como preconizando os investimentos em infraestrutura necessários para viabilizar o repouso seguro desses profissionais ao longo das rodovias.

Tal desiderato foi mitigado pelos vetos presidenciais, todavia, conforme demonstrado a seguir, o que remanesceu do projeto, agora como lei, embora com ácidas e necessárias críticas a alguns pontos, possui a capacidade de transformar positivamente a atual realidade de abandono dos motoristas profissionais brasileiros.

Após a vigência da lei, os fatos sociais que se sucederam demonstram que a Lei n. 12.619/12 pode não passar de uma vã promessa de garantia da dignidade ao motorista profissional, pois o governo brasileiro vem se mostrando sensível às pres-

sões exercidas por certos grupos interessados em manter tudo como sempre esteve. Tal fato é comprovado pela infeliz Resolução n. 417 do CONTRAN, que de modo flagrantemente ilegal e abusivo, veio subtrair fortemente o caráter coercitivo da lei.

Não obstante a intercorrência de tais fatos meta-jurídicos, contra os quais o Ministério Público do Trabalho vem se empenhando de modo obstinado, a análise realizada no presente estudo é eminentemente técnica, centrando-se nos aspectos trabalhistas da lei, fazendo referência a dispositivos inseridos no CTB e na Resolução n. 405/2012 do CONTRAN apenas quando estes repercutem sobre o motorista empregado ou, ainda, quando necessário para demonstrar eventual regramento análogo ao do motorista empregado aplicável ao motorista autônomo.

II – DISPOSIÇÕES GERAIS DA LEI (arts 1º e 2º, da lei)

II.1) ALCANCE SUBJETIVO DA NORMA (ART. 1º, DA LEI):

O texto da lei tem início com uma imprecisão quanto à definição do seu alcance subjetivo, levando a entender que estariam por ela alcançados apenas os motoristas profissionais empregados. Nesse diapasão, uma análise isolada do art. 1º e seus incisos levaria a concluir que os *motoristas profissionais autônomos* estariam fora do escopo da lei.

Contudo, não é essa a conclusão revelada pela análise da integralidade do diploma legal, já que o seu art. 5º introduz uma série de dispositivos no Código de Trânsito Brasileiro (art. 67-A e art. 67-C; art. 230, XXIII), aplicáveis tanto aos motoristas empregados, quanto aos autônomos.

No mesmo sentido veio a previsão do art. 9º, esclarecendo serem aplicáveis as Normas Regulamentadoras do MTE às

condições sanitárias e de conforto a alguns dos mais importantes locais nos quais os motoristas profissionais, autônomos ou empregados, se ativam.

Todavia, impende esclarecer que nem todos os motoristas profissionais autônomos estão vinculados à lei. Tal restrição se deve à referência feita no art. 67-A do CTB ao art. 105, II do mesmo diploma, de modo que apenas os condutores autônomos do transporte de passageiros com mais de 10 (dez) lugares e de carga com peso bruto total superior a 4.536 (quatro mil e quinhentos e trinta e seis) quilogramas estão abrangidos pela norma.

Relevante, também, identificar em qual medida os *motoristas do transporte coletivo urbano de passageiros* são atingidos pela nova lei, sobretudo no que toca à nova disposição do § 5º do art. 71 da CLT, que prescreve a possibilidade de fracionamento do intervalo intrajornada.

O malsinado dispositivo, que será melhor examinado à frente, induz à aparente conclusão de que os motoristas do transporte coletivo de passageiros, urbanos e interurbanos, estariam abrangidos pela norma. Contudo, não parece ser esta a melhor interpretação.

Em que pese a expressa menção às *condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores ... empregados no setor de transporte coletivo de passageiros*, não há, em nenhum trecho alusão ao transporte coletivo *urbano* de passageiros.

O silêncio é eloquente, pois a análise integral do dispositivo demonstra que ele cuida tão somente do transporte coletivo de passageiros *interurbano*.

A limitação do alcance subjetivo pode ser verificada claramente quanto o dispositivo se refere à concessão de frações de intervalo entre o final da primeira hora e o início da última hora trabalhada, condição que se mostra incompatível com as peculiaridades do transporte coletivo urbano, o qual exige mi-

cropausas a cada volta do ônibus, sejam elas durante a primeira hora ou mesmo ao longo da última hora de trabalho.

Conclui-se, pois, que a lei regula a atividade dos motoristas rodoviários de carga e de passageiros, quer atuem nas vias urbanas ou interurbanas, no meio urbano ou rural. Contudo, o alcance normativo de cada dispositivo é dado conforme as peculiaridades de cada segmento. Além disso, como já salientado, o novo diploma legal trata dos motoristas empregados e autônomos, sendo aplicáveis a estes tão somente os dispositivos introduzidos no CTB e àqueles tanto os do CTB, quanto as inovações da CLT.

II.2) DIREITO DOS MOTORISTAS PROFISSIONAIS EMPREGADOS AO CONTROLE DE JORNADA E DO TEMPO DE DIREÇÃO (ART. 2º, V DA LEI):

A noção de que a limitação da jornada de trabalho dos motoristas profissionais era uma necessidade inadiável foi, sem dúvida, a causa eficiente para o nascimento da norma em comento.

Os efeitos deletérios do descontrole de jornada neste segmento são de conhecimento público, tendo sido objeto de comprovação estatística levada a efeito pelo próprio Ministério Público do Trabalho. Em média, um em cada três motoristas rodoviários de carga lança mão de substâncias químicas ou entorpecentes para suportar as longas jornadas de trabalho, que não raro extrapola dezesseis horas de trabalho por dia. Tal realidade não apenas compromete a saúde dos motoristas, como resulta em milhares de acidentes a cada ano, vitimando tanto motoristas, quanto os demais usuários das rodovias brasileiras. É, segundo o Ministério da Saúde, um grave caso de saúde pública.

Nesse contexto, ganha relevo a disposição lançada no art. 2º, V da lei, que lista a limitação da jornada de trabalho como

direito dos motoristas profissionais empregados, cabendo aos empregadores controlar tal jornada, *in verbis*:

Art. 2o São direitos dos motoristas profissionais, além daqueles previstos no Capítulo II do Título II e no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal:

[...]

V - jornada de trabalho e tempo de direção controlados de maneira fidedigna pelo empregador, que poderá valer-se de anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, nos termos do § 3o do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, ou de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador.

Dada a importância e complexidade do dispositivo, necessário destacar que ele contempla duas figuras distintas: a jornada de trabalho e o tempo de direção.

Como é cediço, entende-se por *jornada de trabalho* o tempo em que o empregado, por força do contrato de emprego, deve se colocar à disposição do seu empregador. Já o conceito de *tempo de direção* é legalmente dado pelo art. 67-A, introduzido no CTB pelo art. 5º da lei, segundo o qual tempo direção é *o período em que o condutor estiver efetivamente ao volante de um veículo em curso entre a origem e o seu destino*.

II.2.1) CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DIFERENÇA CONCEITUAL ENTRE JORNADA E TEMPO DE DIREÇÃO:

Conforme já assentado, a jornada de trabalho aplica-se apenas ao motorista empregado, ao passo que o tempo de direção aplica-se a motoristas empregados e autônomos.

Outra observação importante é que a totalidade do tempo de direção é considerada no tempo de jornada, mas nem todo o tempo de jornada corresponde a efetivo tempo de direção, tal qual ocorre quanto às paradas para reparos no veículo ou para abastecimento.

II.2.2) RESPONSÁVEL PELO CONTROLE DA JORNADA E DO TEMPO DE DIREÇÃO:

Quanto ao motorista empregado, o artigo 2º, V da Lei é claro em atribuir ao empregador a obrigação de controlar a jornada dos seus empregados motoristas. Já o motorista autônomo, em princípio, tem o controle do seu tempo de direção sob sua própria responsabilidade, nos termos do art. 67-C, introduzido no CTB, *verbis*:

Art. 67-C. O motorista profissional, na condição de condutor, é responsável por controlar o tempo de condução estipulado no art. 67-A, com vistas à sua estrita observância.

Parágrafo único. O condutor do veículo responderá pela não observância dos períodos de descanso estabelecidos no art. 67-A, ficando sujeito às penalidades daí decorrentes, previstas neste Código.

Felizmente a interpretação sistemática da lei atenua a evidente impertinência lógica de atribuir o controle ao controlado.

II.2.2.1) DA CORRESPONSABILIDADE DOS BENEFICIÁRIOS DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO MOTORISTA PROFISSIONAL PARA COM O CONTROLE DO TEMPO DE DIREÇÃO:

Tendo em vista a deficitária estrutura de fiscalização nas rodovias brasileiras, atribuir o controle do tempo de direção ao próprio motorista chega ao limiar de tornar a lei letra morta para com os autônomos.

Contudo, atento ao fato de que a dinâmica do transporte se insere na relação comercial mantida entre contratante do serviço e o prestador desse serviço de transporte, o legislador buscou garantir a eficácia da lei atribuindo ao beneficiário do serviço a corresponsabilidade, civil e penal, pelo controle do tempo de direção.

Na seara penal o projeto de lei inseria no Código de Trânsito o artigo 310-A, que tornaria crime a conduta do empregador que ordenasse ou permitisse o início de viagem de duração maior que 1 (um) dia, estando ciente de que o motorista não cumpriu o período de descanso diário, conforme previsto no § 3º do art. 67-A, deixando claro que também responderia pelo crime o transportador de cargas, consignatário de cargas, operador de terminais de carga, operador de transporte multimodal de cargas ou agente de cargas que concorressem para a prática do delito.

A pretensão legislativa visava claramente conferir consistência lógica ao diploma legal, de modo a tornar factível a efetividade do controle do tempo de direção, especialmente para os motoristas autônomos. Entretanto, a iniciativa sofreu o veto presidencial.

Felizmente, a mesma sorte não foi dada à iniciativa na esfera cível, isto porque fora mantida a disposição inserta no § 7º do artigo 67-A do CTB, combinada com os parágrafos 3º e 5º do mesmo artigo, *verbis*:

Art. 67-A ...

[...]

§ 3o O condutor é obrigado a, dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas, observar um intervalo de, no mínimo, 11 (onze) horas de descanso, podendo ser fracionado em 9 (nove) horas mais 2 (duas), no mesmo dia.

[...]

§ 5o O condutor somente iniciará viagem com duração maior que 1 (um) dia, isto é, 24 (vinte e quatro) horas após o cumprimento integral do intervalo de descanso previsto no § 3o.

[...]

§ 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.

Em termos práticos o dispositivo acima transcrito estabelece a corresponsabilidade do controle do tempo de direção dos motoristas profissionais (empregados ou autônomos) aos destinatários das cargas e aos contratantes do transporte de passageiros.

Neste eixo, no dia 14 de junho de 2012, o Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN editou a Resolução n. 405 que, ao regulamentar a aplicação da Lei n. 12.619/12, previu no seu artigo 4º:

Art. 4º 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 sem observar as regras de tempo de direção e descanso contidos nesta resolução.

Desse modo, numa clara regulamentação de caráter *praeter legem* absolutamente fiel ao espírito da norma em comento, o Poder Executivo entendeu por bem, na esfera administrativa, corresponsabilizar o destinatário do serviço de transporte de modo amplo, devendo este não apenas abster-se de exigir trabalho ao motorista fatigado, mas sobretudo empreender os meios necessários à garantia do devido descanso, por meio da devida fiscalização e controle do tempo de direção.

Neste passo é de se esperar uma injustificada resistência dos transportadores de carga em efetivar o controle do tempo de direção da controvertida figura dos “motoristas agregados”, prevista no art. 4º, § 1º da Lei n. 11.442/2007.

Sem embargo à controvérsia quanto à legitimidade e constitucionalidade dos “motoristas agregados”, fato é que estes profissionais ostentam a condição de autônomos, autonomia esta que vem, mais uma vez, mitigada pela obrigação ora imposta aos transportadores de eficazmente controlar o tempo de direção e os efetivos gozos do tempo de repouso desses profissionais.

Sendo assim, a pretexto de evitar a caracterização do vín-

culo de emprego com os “agregados”, não poderão os transportadores efetuar controle meramente formal do tempo de direção. Este controle deve ser efetivo, sob pena de conduzir à responsabilização civil e administrativa do transportador e demais beneficiários do serviço de transporte.

II.2.3) MEIOS DE CONTROLE:

É evidente que pouco ou nada vale um direito que não possa ser aferido ou, como no caso da jornada de trabalho, controlada. É por essa razão que procedentes críticas foram lançadas às letras da parte final do art. 2º, V da lei.

O dispositivo relacionou entre os meios de controle da jornada o diário de bordo, a papeleta ou ficha de trabalho externo (referindo impropriamente o § 3º do art. 74 da CLT, já que este dispositivo trata de horário de trabalho e não de jornada), bem como a outros meios eletrônicos idôneos instalados no veículo.

A celeuma reside menos no fato de que o diário de bordo e a papeleta sejam (e de fato são) instrumentos vulneráveis à fraude. O ponto que merece fundadas críticas é a faculdade, atribuída ao empregador para eleger dentre os instrumentos aludidos, qual adotará para executar o controle.

Ora, ao assim dispor, a norma aparenta sugerir que sempre se adote o livro de bordo ou a papeleta de trabalho externo, uma vez que para se furtar ao pagamento de horas extraordinárias, basta que o empregador exija que o empregado preencha tais documentos segundo seus interesses.

Embora essa seja uma possibilidade mais do que verossímil, impende fazer algumas ponderações que conduzem à conclusão de que, embora a lei não tenha adotado a melhor redação (longe disso), ela é fundamental para que o resultado útil que se espera alcançar possa ser produzido.

Não se pode olvidar que até o advento desta lei o contex-

to normativo, ancorado na norma exceptiva do art. 62, I da CLT, conduzia à posição jurisprudencial majoritária de que a atividade de motorista, por ser exercida externamente, seria, em regra, impassível de controle de jornada, o que redundava, salvo exceções, na improcedência dos pedidos de pagamento das horas extras.

Desse modo, a razoável certeza de que a exigência de sobrejornada não custaria nada ao empregador levava o setor a adotar o pagamento por comissão e, dessa forma, conseguir a adesão do próprio empregado para que este se submetesse às extenuantes jornadas de trabalho em busca de uma melhor remuneração.

Essa lógica perversa muda radicalmente com a nova lei, pois com a expressa referência à limitação de jornada como direito do motorista, tendo o empregador o dever de controlá-la, passa a ser absolutamente descabida a tutela jurisdicional que nega o direito às horas extras laboradas pelos motoristas profissionais com base no singelo fundamento de que a atividade é externa e, supostamente, infensa a controle.

Trata-se de um enorme avanço, uma vez que o Poder Judiciário Trabalhista deixará de atuar como um legitimador da negação do direito e reassumirá sua vocação natural de guardião dos direitos fundamentais trabalhistas.

Inquestionavelmente a troca da razoável certeza da impunidade pela razoável certeza da condenação tende a conduzir os empregadores ao cumprimento da norma, ou seja, a lei tende a produzir uma conduta preventiva ao ilícito e ao próprio litígio.

No mesmo sentido, a expressa referência aos meios de controle, inclusive com a cláusula de abertura para outros meios eletrônicos idôneos, representa importante conquista em face da frenética evolução tecnológica experimentada pelo setor, que conta com rastreamento via satélite, Controle Total de Frotas – CTF, “tacógrafo”, dentre outros.

Pois bem, mas o que dizer da inconveniente faculdade atribuída ao empregador para escolher entre os meios de controle, combinada com a vulnerabilidade do diário de bordo e da papeleta de trabalho externo?

Resta claro que o legislador teria andado melhor se houvesse referido os meios de controle numa ordem preferencial, começando do mais confiável até o mais vulnerável. Todavia, em se tratando de norma resultante do acordo entre representações classistas de patrões e de empregados (como é o caso), verifica-se que a redação do dispositivo bem reflete esse embaite de interesses.

Ora, se a possibilidade de fraude não foi dificultada na elaboração da lei, ela deve ser reprimida na sua aplicação.

O art. 203 do Código Penal prescreve pena de um a dois anos de detenção, além de multa, a quem *frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho*. Além disso, a mesma conduta é passível de penalização administrativa infligida pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, bem como pode ser devidamente reprimida e ter sua reiteração prevenida por ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho ou mesmo pelos sindicatos profissionais.

Cabe lembrar que ainda que o empregador eleja um meio de controle vulnerável, tal eleição não vincula a autoridade fiscal (Auditor-Fiscal, policial rodoviário federal ou estadual), o Procurador do Trabalho e, tampouco o Juiz de Direito ou do Trabalho, ou seja, numa ação fiscal trabalhista, numa apuração policial, num inquérito civil, num processo penal ou trabalhista, todas essas autoridades podem e devem lançar mão de quaisquer meios de prova idôneos para trazer a lume a verdade dos fatos.

Conclui-se, pois, que embora a lei tenha, imprópria e inconvenientemente, atribuído ao empregador o direito de eleger o meio de controle da jornada dos motoristas, a adequada aplicação da norma poderá, com certa facilidade, elidir e punir

exemplarmente eventual fraude.

Ainda no que concerne aos meios de controle, mas agora do tempo de direção aplicável a todos os motoristas profissionais (autônomos e empregados), impende observar que o veto ao artigo 67-B do CTB trouxe, num primeiro momento, preocupante insegurança jurídica.

O art. 67-B do CTB relacionava os meios de controle do tempo de direção, fazendo referência alternativa ao diário de bordo e ao equipamento registrador (“tacógrafo”), todavia, atento à fragilidade do registro no diário de bordo, o Poder Executivo vetou o dispositivo.

Em que pese a responsabilização do condutor pelo controle do seu tempo de direção referida pelo art. 67-C do CTB, bem como a estipulação de multa administrativa pelo descumprimento dos períodos de descanso (intervalo de direção) prevista no art. 230, XXIII do CTB, qual seria o meio de controle utilizado pelo policial rodoviário para fundamentar sua notificação?

Diversamente do que ocorreu com as inovações de índole trabalhista, na esfera do direito de trânsito não houve menção ao rol de meios de controle, pois, como já dito, o dispositivo que o previa foi vetado.

Ora, tendo a autoridade policial sua atividade vinculada à lei, com base em qual parâmetro ela poderia apenar o condutor que não observar o descanso exigido no art. 67-A do CTB?

Dada a vacuidade da norma, restou aberto o espaço para que o Poder Executivo regulamentasse a aplicação da lei, o que veio a ocorrer antes mesmo de escoada a *vacatio legis*, em 14 de junho de 2012, por meio da já mencionada Resolução n. 405 do CONTRAN.

O artigo 2º aludida Resolução esclarece que:

Art. 2º A fiscalização do tempo de direção e do intervalo de descanso do motorista profissional dar-se-á por meio de:

I - Análise do disco ou fita diagrama do registrador

instantâneo e inalterável de velocidade e tempo ou de outros meios eletrônicos idôneos instalados no veículo, na forma regulamentada pelo CONTRAN; ou

II - Verificação do diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, fornecida pelo empregador; ou

III – Verificação da ficha de trabalho do autônomo, conforme Anexo desta Resolução.

§ 1º A fiscalização por meio dos documentos previstos nos incisos II e III somente será feita quando da impossibilidade da comprovação por meio do disco ou fita diagrama do registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo do próprio veículo fiscalizado.

O Poder Executivo, guardando coerência com as razões do veto presidencial, estabeleceu que a fiscalização do tempo de direção e dos repousos dar-se-á, preferencialmente, com base no *disco ou fita diagrama do registrador instantâneo e inalterável de velocidade e tempo ou de outros meios eletrônicos idôneos instalados no veículo.*

Tal disposição, aplicável inclusive aos motoristas empregados, reduz sensivelmente os potenciais efeitos deletérios da eleição, pelo empregador, de meios de controle menos confiáveis, uma vez que, ainda que escolha controlar a jornada dos seus empregados com base, por exemplo, no diário de bordo, o empregador deverá, obrigatoriamente, controlar o tempo de direção deste mesmo empregado por mecanismo de maior confiabilidade.

III – INOVAÇÕES NA CLT (arts 3º e 4º da lei)

III.1) DEVERES DOS MOTORISTAS PROFISSIONAIS E NOVAS MODALIDADES DE INFRAÇÕES DISCIPLINARES (ART. 235-B, CLT):

O projeto de lei fazia, no art. 235-B, VI da CLT, expressa referência ao dever do motorista em cumprir as disposições legais e regulamentares quanto ao tempo de direção, à jornada

de trabalho e ao repouso. Tal dispositivo foi vetado por conferir ao regulamento empresarial verdadeiro “status” de lei. No entanto, impende ressaltar que tal obrigação remanesce no que concerne ao cumprimento, pelo motorista empregado, das disposições legais relativas à limitação da jornada de trabalho e gozo dos intervalos de descanso, uma vez que essas imposições ostentam o caráter de normas de ordem pública.

A despeito da observação acima, remanesceram textualmente na lei, as seguintes obrigações atribuídas aos motoristas profissionais empregados:

a) Estar atento às condições de segurança do veículo (art. 235-B, I da CLT);

b) Conduzir o veículo com perícia, prudência, zelo e com observância aos princípios de direção defensiva (art. 235-B, II da CLT);

c) Respeitar a legislação de trânsito e, em especial, as normas relativas ao tempo de direção e de descanso (art. 235-B, III da CLT);

d) Zelar pela carga transportada e pelo veículo (art. 235-B, IV da CLT);

e) Colocar-se à disposição dos órgãos públicos de fiscalização na via pública (art. 235-B, V da CLT);

f) Submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado (art. 235-B, VII da CLT).

Num primeiro momento causa certa perplexidade a menção a “deveres” dos empregados numa lei que deveria positivar “direitos”.

Tal percepção vem reforçada pela aparente violação ao princípio da alteridade traduzida pela obrigação do motorista “zelar pela carga transportada e pelo veículo”.

A questão não comporta maiores dificuldades, uma vez que o zelo pelos bens guardados decorre do dever geral da guarda. Todavia, tal dever cede espaço nos casos de legítima

defesa de bem jurídico mais valioso, tal como a saúde e a vida.

Sendo assim, a disposição legal deve ser compreendida no sentido que o motorista tem o dever de guardar com zelo a carga e o veículo, na medida em que esse dever não implique em perigo para sua vida ou para sua saúde. Vale dizer, por exemplo, que lícito será o abandono do veículo se houver um problema mecânico em lugar ermo, obrigando-o a buscar socorro, bastando neste caso que o veículo seja devidamente fechado.

Outra questão que suscita questionamento diz respeito à submissão a teste e programa de uso de droga e de bebida alcoólica *instituído pelo empregador*. Será que tal obrigação não exporá a intimidade e a vida privada do motorista profissional? Será que não servirá de justificativa para dispensa desses trabalhadores?

Não se pode negar que muitos motoristas brasileiros fazem uso de drogas para suportar a desumana jornada de trabalho a eles atualmente imposta, o que autoriza inferir que há uma legião de motoristas viciados nesses psicotrópicos.

Caberia agora, com base na nova lei, a adoção de políticas de exclusão de tais profissionais dos quadros das empresas?

Não obstante os inquietantes questionamentos acima, a disposição legal inserida no art. 235-B, VII da CLT possui razão de ser, pois, nos termos do art. 8º, *in fine* da CLT, nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público. De fato, não resta dúvida de que o interesse da sociedade em contar com um trânsito seguro nas rodovias deve prevalecer sobre o interesse individual ou mesmo coletivo dos trabalhadores.

Entretanto, a prevalência do interesse público não pode servir como fundamento para violar direitos fundamentais, tampouco para patrocinar a adoção de políticas discriminatórias e flagrantemente injustas.

No que tange ao uso de álcool, embora haja a tipificação da embriaguez habitual ou em serviço como justa causa para a

dispensa (art. 482, “f”, da CLT), resta sedimentado o entendimento de que o alcoolismo, classificado como patologia pela Organização Mundial de Saúde, não pode servir como fundamento para a dispensa do trabalhador por justa causa.

Todavia, impende observar que por força do que dispõe o art. 277 do CTB, todo motorista, profissional ou não, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, deve se submeter aos testes de alcoolemia, sofrendo, na esfera da legislação de trânsito, as penalidades cabíveis no caso de constatação do álcool.

Ora, se sob o prisma trabalhista o alcoolismo não pode, em princípio, motivar a dispensa por justa causa, com maior razão o uso de drogas não pode justificar a dispensa do motorista, uma vez que o vício decorre exatamente das condições de trabalho às quais esse trabalhador foi historicamente submetido.

Portanto, a nova disposição legal do art. 235-B, VII da CLT vem no sentido estabelecer meios de detecção de eventual problema do trabalhador com o álcool ou com as drogas, buscando, a partir da eventual detecção, empreender o tratamento capaz de auxiliá-lo a superar o problema.

Sendo assim, qualquer programa patronal de controle de uso de droga ou de álcool que venha expor a intimidade ou a vida privada do motorista, ou, ainda, que sirva como ferramenta para discriminatoriamente dispensar esse motorista, deve ser exemplarmente combatido por meio de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público do Trabalho ou pelos sindicatos profissionais.

III.2) REGRAS ATINENTES À JORNADA DE TRABALHO (ARTS. 235-C..235-F, CLT):

Tendo o núcleo da nova lei disposto sobre a regulamentação da jornada de trabalho dos motoristas, tal matéria contou

com numerosas inovações que levaram em consideração as peculiaridades dessa atividade. Todavia, a exemplo do observado em outros pontos da lei, não houve o desejável rigor técnico na sua elaboração.

III.2.1) IDENTIFICAÇÃO DOS LIMITES DE JORNADA (ART. 235-C E 235-F, CLT):

A limitação temporal da jornada dos motoristas profissionais segue a regra geral ditada pela Constituição Federal, art. 7º, XIII, ou seja, oito horas por dia e quarenta e quatro semanais, conforme se infere pelo *caput* do art. 235-C, abaixo transcrito:

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.

O dispositivo comporta uma inconsistência jurídica, pois sua literalidade aparenta conferir às convenções e acordos coletivos de trabalho o poder de alterar de qualquer modo os limites de jornada previstos na Constituição Federal, tal interpretação é juridicamente inviável frente à hierarquia normativa que restringe a atuação do legislador ordinário, impedindo-o de mitigar o alcance de normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais.

Desse modo, as convenções e acordos coletivos poderão dispor apenas sobre a compensação e redução da jornada, nos exatos termos do art. 7º, XIII da CF, *verbis*:

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

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

A presente ressalva é plenamente cabível também ao disposto no art. 235-H da CLT, o qual confere aos instrumentos coletivos o poder de estabelecimento de jornadas especiais de trabalho.

III.2.1.1) DA INCONSTITUCIONALIDADE DO 235-F, CLT (JORNADA “12 X 36”):

O novo art. 235-F, da CLT vem assim redigido:

Art. 235-F. 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.

Constata-se que neste dispositivo o legislador conferiu efetivo poder derogatório às convenções e acordos coletivos sobre a Constituição, pois estabeleceu abstratamente limite de 12 (doze) horas diárias de trabalho, em frontal violação ao limite constitucional diário de 8 (oito) horas estabelecido pelo art. 7º, XIII da CF.

Diversamente do que ocorre com os artigos 235-C, *caput* e 235-H da CLT, nos quais a conformação à Constituição pode ser alcançada pelo exercício hermenêutico, a literalidade do art. 235-F da CLT não deixa espaço para contemporizações, contendo uma insuperável antinomia jurídica.

Destarte, é flagrante a inconstitucionalidade da previsão inserta no art. 235-F da CLT.

Não se desconhece que a jurisprudência, ao considerar as peculiaridades de alguns segmentos, vem admitindo a aplicação da jornada “12 x 36” por meio de negociações coletivas.

Poder-se-ia questionar o seguinte: se os tribunais admitem a jornada “12 x 36” em algumas situações, onde estaria a inconstitucionalidade do novo art. 235-F da CLT?

Num repente, a indagação leva a acreditar que o novo dispositivo deve ser considerado constitucional, pois se o Poder

Judiciário, guardião da Constituição, aceita a jornada nele prevista, não haveria falar em vício.

Mas não é assim. A análise da constitucionalidade de normas não se dá no plano concreto, mas sim no abstrato. Ao analisar se determinada lei é ou não constitucional, não há uma situação concreta a ser considerada, faz-se tão somente a análise de subsunção do direito objetivo examinado à Constituição. Se houver subsunção a norma é constitucional, caso contrário, inconstitucional. Trata-se, pois, de um processo de caráter objetivo.

Pois bem, o Poder Judiciário de um modo geral decide casos concretos e não abstratos, situações estas nas quais deverá o julgador ponderar os valores envolvidos de modo a entregar a tutela jurisdicional justa.

Ocorre que o justo nem sempre corresponde à exata dicção do direito objetivo.

Neste passo impende lembrar a máxima de que nenhum direito é absoluto, nem mesmo os inscritos na Constituição, ou seja, em dada circunstância um direito aparentemente absoluto pode produzir injustiça, razão pela qual, naquele caso esse direito deve ceder espaço para que outro promova a efetiva justiça.

É em razão dessa máxima que em casos concretos a solução justa pode, eventualmente, discrepar do texto da lei ou até mesmo da Constituição.

Por essa razão, o Poder Judiciário, em algumas situações específicas ao analisar os valores jurídicos envolvidos nos casos concretos tem admitido a aplicação da jornada “12 x 36”.

Ocorre que a situação ora estudada não diz respeito a um caso concreto, mas a um direito objetivo que, a toda evidência, vulnera o art. 7º, XIII da Constituição.

Está-se diante de uma norma ordinária que prescreve limite de jornada 50% (cinquenta por cento) superior ao limite constitucional. A previsão ordinária rivaliza frontal e direta-

mente o comando constitucional.

O precedente legislativo, por si só, caso mantido no ordenamento jurídico, representará um grave retrocesso social, abrindo espaço para que futuras normas ordinárias venham no mesmo sentido.

Trata-se do grave risco de banalização do vilipêndio à Constituição.

Longe de ser hipótese cerebrina, basta referir o art. 5º da Lei n. 11.901/2009, que embora regulando a atividade do bombeiro civil, bem menos penosa do que a do motorista, e estabelecer módulo semanal de trabalho bem inferior ao limite constitucional, padece do mesmo vício quanto ao limite diário de jornada e até o momento não fora excluído do ordenamento jurídico.

No caso da norma ora examinada o retrocesso social é ainda mais gritante se considerado seu destinatário: o motorista rodoviário. A atividade deste trabalhador é naturalmente fatigante e penosa, exigindo do motorista total atenção durante toda a jornada de trabalho. Admitir que esses trabalhadores laborem por doze horas diárias constitui verdadeiro absurdo, na medida em que tal disposição viola o objetivo do próprio diploma jurídico no qual foi inserida.

A aludida disposição legal comporta nítida incongruência com o espírito do diploma legal, de modo que, a fim de garantir a segurança jurídica e o resguardo ao interesse público à segurança no trânsito, melhor teria sido se o Poder Executivo houvesse exercido o veto jurídico ao disposto no art. 235-F da CLT.

Todavia, o fato é que tal veto não sobreveio, cabendo o enfrentamento da questão em sede de controle concentrado de constitucionalidade por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou mesmo, por meio do controle difuso de constitucionalidade nos casos concretos que certamente virão.

Este ponto, ao lado da infeliz previsão de fracionamento

do intervalo intrajornada, representa o que de pior a lei trouxe. Um inegável retrocesso social.

III.2.2) TEMPO COMPUTADO COMO JORNADA DE TRABALHO (ART. 235-C, § 2º, CLT):

Na linha dada pelo art. 4º da CLT, é considerado, para fins de aferição da jornada de trabalho, o tempo que o empregado se encontra à disposição do empregador. A lei, todavia, exclui o “tempo de espera”, os intervalos de refeição, repouso e de descanso. Além disso, conforme considerações posteriores, o chamado “tempo de reserva” também não é computado na jornada de trabalho.

Embora os conceitos relativos aos tempos de “espera” e de “reserva” sejam melhor abordados à frente, uma observação se faz oportuna: sem olvidar que a realidade atual vivenciada pelos motoristas implica na absoluta inexistência de remuneração dos períodos de tempo taxados pela nova lei como “espera” e “reserva”, cabe observar que a exclusão desses períodos temporais da jornada de trabalho é de duvidosa constitucionalidade, sobretudo em razão da sua remuneração gravitar em patamar inferior ao previsto no art. 7º, XVI da Constituição Federal.

III.2.3) “TEMPO DE ESPERA” (ART. 235-C, § 8º C/C ART. 235-E, §§ 4º E 5º, CLT):

O “tempo de espera” constitui destacada inovação da norma, com previsão no § 8º do art. 235-C da CLT, corresponde ao tempo excedente à jornada normal de trabalho no qual o motorista aguarda na fila a carga/descarga da mercadoria ou, ainda, a fiscalização da mercadoria em barreiras fiscais ou alfandegárias.

É também considerado “tempo de espera”, *nas viagens*

de longa distância, o período excedente à jornada de trabalho no qual o empregador exija que o empregado permaneça junto ao veículo, conforme disposto no art. 235-E, § 4º da CLT.

Dito de outra forma, o art. 235-E, § 4º da CLT estabelece que, em regra, após cumprida a jornada de trabalho o motorista fica dispensado do serviço, salvo se a permanência junto ao veículo decorrer de *exigência patronal*, caso no qual o tempo de permanência junto ao veículo será computado como “tempo de espera”.

Seguindo a regra interpretativa de que o ordinário se presume e o extraordinário se prova, a redação do dispositivo leva a crer que a dispensa do serviço após a jornada é presumida, ao passo que eventual exigência patronal para que o motorista permaneça junto ao veículo deve ser provada.

No entanto, não é esse o melhor entendimento, pois ao contrário do que a norma leva a crer, o que ocorre normalmente na atividade do transporte rodoviário de cargas é a permanência do motorista junto ao veículo. Isto ocorre porque raramente há disponibilização, pelo empregador, seja por meio do custeio das despesas de hospedagem, seja pelo oferecimento de local de repouso, das mínimas condições de conforto para que o trabalhador possa gozar do seu tempo livre. Sendo assim, devido à falta de estrutura fornecida pelo empregador, o veículo passa a ser o local com melhores condições para a permanência do empregado.

Essa situação é agravada no caso das filas de embarque e desembarque, quando a permanência do motorista junto ao caminhão é necessária e ininterrupta. Permanência esta que, especialmente na fase das safras agrícolas, chega a implicar em vários dias na fila.

Sendo assim, para bem interpretar e aplicar o art. 235-E, § 4º da CLT, importante observar o critério dado pelo art. 335 do Código de Processo Civil, segundo o qual devem ser consideradas as regras de experiência comum subministradas pela

observação do que ordinariamente acontece.

Ora, se ordinariamente o que acontece é a permanência compulsória do motorista junto ao veículo, cabe ao empregador comprovar que o trabalhador dispõe, após o cumprimento da sua jornada, de efetivas condições de deixar o veículo e de gozar adequadamente e em condições mínimas de conforto o seu tempo livre.

Por outro lado, forçoso reconhecer que, eventualmente a inexistência de condições dignas de conforto decorre não de ato ou omissão do empregador, mas sim das embarcadoras. Desse modo, embora a responsabilidade direta pelo pagamento do “tempo de espera” seja do empregador, na impede que este, amigavelmente ou em ação regressiva, se volte contra a embarcadora a fim de se ver ressarcido do custo adicional. Tal pretensão além de decorrer do princípio geral de que quem causa dano deve repará-lo, deriva, agora, da expressa disposição do art. 9º da lei, que atribui também ao embarcador a responsabilidade por garantir as condições sanitárias e de conforto mínimas preconizadas pelas Normas Regulamentadoras do MTE.

No mesmo sentido do § 4º do art. 235-E, da CLT seu § 10º prescreve que caso o motorista *prefira, por decisão sua*, permanecer junto ao veículo após a jornada para o gozo dos intervalos inter ou intrajornada resta descaracterizado o “tempo de espera”, descabendo, pois qualquer remuneração adicional.

Com base nos fundamentos a pouco expendidos, para fins de *descaracterização* do “tempo de espera”, nos termos do art. 235-E, § 10 da CLT é necessário que reste indene de dúvidas que a permanência do empregado junto ao veículo ocorreu por sua única e exclusiva vontade, ou seja, ainda que tal circunstância conste de declarações firmadas pelo empregador e pelo empregado, é necessário que as circunstâncias da prestação dos serviços permitam constatar a verossimilhança da espontaneidade.

Além disso, vale lembrar que ainda que confirmada a es-

pontaneidade da permanência, perpassado o tempo correspondente ao gozo dos intervalos intra e interjornada, passa a ser computada normalmente a jornada de trabalho, ainda que o veículo permaneça parado.

III.2.3.1) REMUNERAÇÃO DO “TEMPO DE ESPERA” (ART. 235-C, § 9º, CLT):

Reza o art. 235-C, § 9º da CLT, que o “tempo de espera”, embora não seja computado na jornada de trabalho, é *indenizado* com *adicional* de 30% sobre o salário-hora.

Conforme aduzido alhures, tanto a exclusão do cômputo de tal tempo para fins de aferição da jornada de trabalho, quanto sua forma de remuneração, conduz a fundados questionamentos acerca da constitucionalidade do dispositivo, uma vez que o “tempo de espera”, inegavelmente constitui período no qual o trabalhador está à disposição do empregador, razão pela qual deveria, em princípio, ser remunerado conforme os ditames do art. 7º, XVI da Constituição Federal.

Sob outro norte, sem embargos à sua constitucionalidade ou não, o caráter indenizatório do “tempo de espera” ditado pelo dispositivo é relativo, uma vez que sua habitualidade e intensidade poderão caracterizá-lo como verba salarial, conforme entendimento jurisprudencial pacificado nas Súmulas 101 e 132 do C. TST. Desse modo, aplicando-se analogicamente o entendimento da Súmula 101 do C. TST é possível estabelecer o critério de que se a remuneração do tempo de espera superar 50% do salário do motorista, o montante pago a este título deverá integrar a remuneração do trabalhador para todos os fins.

III.2.3.2) CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DO “TEMPO DE ESPERA” (ART. 235-C, § 9º, CLT):

É imperioso observar que, ainda que se tenha por constitucional a figura do “tempo de espera”, cabe salientar que sua caracterização deve ter por base uma interpretação restritiva. Isto porque o novo instituto limita o direito fundamental ao cômputo da jornada de trabalho (art. 7º, XIII, CF).

Desse modo, por exemplo, o tempo excedente à jornada normal gasto em fiscalizações das polícias rodoviárias federal e estadual deve ser considerado como horas extraordinárias. Tal conclusão pode ser alcançada, também, pelo fato de ser obrigação do empregado se submeter a tais fiscalizações, sob pena de cometimento de falta funcional (art. 235-B, V, CLT).

Ademais, adotando a interpretação restritiva ora defendida, em viagens que não se caracterizem como de longa distância (com retorno em menos de vinte e quatro horas), o tempo excedente à jornada no qual o motorista permaneça junto ao veículo, por sua vontade ou não, será considerado como hora extraordinária.

III.2.4) TEMPO DE DESCANSO OU “INTERVALO DE DIREÇÃO” (ART. 235-D, I DA CLT E ART. 67-A, 1º DO CTB):

O tempo de descanso referido nos artigos 235-D, I da CLT e 67-A, § 1º do CTB, aqui denominado “intervalo de direção”, corresponde a um período de trinta minutos de descanso a cada quatro horas de direção ininterrupta, podendo este ser usufruído de modo fracionado dentro do módulo de quatro horas de viagem.

Vale observar que embora o “intervalo de direção” esteja previsto no artigo relativo às viagens de longa distância (aquelas que implicam em ausência da sede ou da residência do empregado por mais de vinte e quatro horas), ele se aplica a qualquer viagem que supere o limite de quatro horas, mesmo porque, conforme já mencionado, tal imposição é dada em caráter

geral pelo art. 67-A, § 1º do CTB, também introduzido pela lei em comento.

Embora haja a previsão de fracionamento do “intervalo de direção”, insta frisar que as paradas para abastecimento ou reparos não poderão ser consideradas como parte do gozo deste intervalo, já que essas se enquadram na regra geral de tempo à disposição do empregador.

Neste sentido vale referir o art. 1º, parágrafo único, III da Resolução n. 405 do CONTRAN, que exclui textualmente do cômputo do “intervalo de descanso” as *interrupções involuntárias, tais como as decorrentes de engarrafamentos, semáforo e sinalização de trânsito*.

O CONTRAN atentou-se para o eventual desvirtuamento do “intervalo de direção” por meio da concessão de “micropausas”, ao limitar seu fracionamento a, no máximo, três períodos de dez minutos (§ 1º do art. 3º da Resolução n. 405/2012).

Digno de nota o fato do “intervalo de direção” ser computado na jornada normal de trabalho, uma vez que não fora listado dentre as exceções do art. 235-C, § 2º da CLT.

No que toca à possível concomitância da concessão e gozo do “intervalo de direção” e do intervalo intrajornada autorizada pelo art. 235-D, II da CLT, inicialmente havia entendido que o “intervalo de direção” não seria computado na jornada de trabalho. Contudo, instado a melhor analisar a questão pela colega Roberta de Biasio Pires, membro do Grupo de Estudos da Magistratura do Trabalho – GEMT, uma vez que o § 2º do art. 235-C da CLT, exclui de forma genérica os intervalos de descanso do cômputo da jornada de trabalho.

Desse modo, em termos práticos, haverá a tendência de concessão subsequente e ininterrupta dos de dois “intervalos de direção” em concomitância com o intervalo para refeição, o que, de certo modo, mitigará a intensão de garantir descansos intercalados ao longo da jornada de trabalho.

III.2.5) “TEMPO DE RESERVA” (ART. 235-E, §§ 6º E 7º, CLT):

O chamado “tempo de reserva”, sobre o qual pesa dúvida razoável acerca da sua constitucionalidade, já contava com previsão legal no art. 26 da Lei n. 7.183/84, que define a *Reserva* como *o período de tempo em que o aeronauta permanece, por determinação do empregador, em local de trabalho à sua disposição*.

A nova lei confere nova roupagem ao instituto, para classificar com de “reserva” o tempo no qual *o motorista estiver em repouso no veículo em movimento* (art. 235-E, § 6º da CLT), aplicável nos casos onde a condução do veículo é compartilhada por mais de um motorista.

Embora não mencionado como exceção ao cômputo de jornada, o “tempo de reserva” excedente à jornada normal também não é considerado para fins de aferição do tempo de efetivo trabalho. Essa interpretação é resultado da análise combinada do art. 235-C *caput* e do art. 235-E, § 6º da CLT.

O “tempo de reserva”, embora não computado na jornada de trabalho, é *remunerado* na base de 30% do valor correspondente ao salário-hora (§ 9º do art. 235-C da CLT), cabendo ressaltar que não remanesce dúvida quanto ao caráter salarial da verba, devendo esta repercutir sobre todas as demais verbas salariais. Todavia, diversamente do que ocorre com o “tempo de espera”, o “tempo de reserva” não é remunerado integralmente com adicional de 30%, mas apenas com o valor de 30% correspondente à hora-normal.

Insta esclarecer que o “tempo de reserva”, a exemplo do que ocorre com o “tempo de espera”, começa a ser contado a partir do final da jornada normal, ou seja, ainda que repousando no veículo sob a condução do outro motorista, enquanto perdurar o horário da jornada normal de trabalho, não terá início a contagem do “tempo de reserva”.

Por fim, partindo da premissa de que o repouso com o veículo em trânsito não garante a adequada recuperação do empregado, o §7º do art. 235-E da CLT garante ao motorista o mínimo de seis horas consecutivas de repouso fora do veículo em alojamento externo ou, se na cabine leito, com o veículo estacionado.

III.3) DISPOSIÇÕES ESPECIAIS NO CASO DE VIAGEM DE LONGA DISTÂNCIA (ARTS. 235-D E 235-E, CLT):

O art. 235-D, *caput*, da CLT conceitua a viagem de longa distância como *aquelas em que o motorista profissional permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 horas*.

Inserido impropriamente no inciso I do aludido art. 235-D da CLT por possuir aplicação em quaisquer tipos de viagens, o “intervalo de direção” teve seus principais aspectos e peculiaridades comentadas no item II.2.4, alhures.

Da mesma forma, importantes disposições contidas nos parágrafos do art. 235-E, da CLT, tais como “tempo de reserva” e seus pormenores foram abordadas em linhas pretéritas, cabendo, porém, tratar de outras peculiaridades igualmente relevantes.

III.3.1) O DESCANSO SEMANAL REMUNERADO NAS VIAGENS DE LONGA DISTÂNCIA (ART. 235-E, § 1º, CLT):

O descanso semanal remunerado – DSR nas viagens de longa distância vem regrado no § 1º do art. 235-E, *verbis*:

Art. 235-E. ...

§ 1o Nas viagens com duração superior a 1 (uma) semana, o descanso semanal será de 36 (trinta e seis) horas por semana trabalhada ou fração semanal trabalhada, e seu gozo ocorrerá no retorno do motorista à base (matriz ou filial) ou

em seu domicílio, salvo se a empresa oferecer condições adequadas para o efetivo gozo do referido descanso.

Cabe ressaltar que o § 3º do art. 235-C da CLT prescreve a regra geral de trinta e cinco horas a título de DSR, ao passo que o § 1º do art. 235-E da CLT, prevê o DSR de trinta e seis horas, sendo necessário esclarecer que em ambas as prescrições houve a imprópria soma do intervalo interjornada de onze horas, de modo que, em verdade, tem-se como regra para o motorista empregado o DSR de vinte e quatro horas nas viagens de curta duração e de vinte e cinco horas para as viagens de longa distância.

É curiosa a razão pela qual o DSR nas viagens de longa distância ter sido estipulado com uma hora a mais do que o DSR nas viagens de curta duração. Trata-se de questão atinente ao processo de negociação que permeou a elaboração da lei. O segmento do transporte de cargas assentiu ao pleito das representações sindicais laborais no sentido de ampliar em uma hora o DSR. Todavia, tal pleito não foi aceito pelo segmento empresarial do transporte de passageiros. Em razão disso, apenas nas viagens de longa duração, próprias do transporte de cargas, houve a ampliação.

Questão de ordem prática de maior relevo diz respeito à *cumulatividade do DSR nas viagens de longa distância*.

Como se infere pelo disposto no § 1º do art. 235-E, restou possibilitada a concessão cumulada do DSR caso a empresa não ofereça condições adequadas para seu gozo ao longo da viagem.

Em que pesem os fundados questionamentos quanto ao cabimento desta cumulatividade, o fato é que o projeto de lei previa no § 2º do art. 235-E a limitação de tal acúmulo ao máximo de três DSR's, na medida que prescrevia o limite de cento e oito horas de DSR's acumulados, ou seja, três vezes o módulo semanal de trinta e seis horas.

Ocorre que o Poder Executivo vetou o §2º por inquina-lo de inconstitucional, todavia manteve incólume a redação do §

1º, ou seja, acabou por abrir espaço para o entendimento de que os DSR's nas viagens de longa distância podem ser cumulados sem qualquer limite, desde que o empregador não proveja condições adequadas para o seu gozo ao longo do afastamento.

A toda evidência, tal entendimento pode conduzir a absurdos, eis que não são raras situações nas quais os motoristas transportadores de carga se ausentam por meses em viagem. Diante disso, necessário empregar o critério da razoabilidade para evitar que o instituto do descanso semanal seja completamente desvirtuado.

Pois bem, se por um lado parece conveniente ao trabalhador que este goze seu descanso semanal junto à família, por outro não se pode admitir a cumulatividade indefinida de descansos, sendo razoável, numa interpretação histórica da norma, estabelecer como limite o número de três DSR's, conforme previa o dispositivo vetado.

III.3.2) OCORRÊNCIA DE FORÇA MAIOR NAS VIAGENS DE LONGA DISTÂNCIA (ART. 235-E, CLT):

Especial preocupação reside na indeterminação do elasticimento da jornada no caso de força maior, prevista no § 9º do art. 235-E da CLT. Embora o dispositivo trate de exceção, dada a subjetividade da sua caracterização ele pode conduzir a exigência de trabalho por períodos absolutamente incompatíveis com os limites biológicos, cabendo ao aplicador da lei, no caso concreto, aferir a razoabilidade do seu emprego.

Ademais, por se tratar de norma de exceção e limitativa de direito ligado à saúde do trabalhador, sua interpretação deve ser restritiva, de modo que apenas em viagens consideradas de longa distância deverá ser aplicada essa prescrição legal. Sendo assim, ocorrendo força maior nos demais tipos de viagens, deverá ser observada a disposição celetista geral insculpida no art. 61 da CLT, que fixa, no seu § 2º, o limite de doze horas de

trabalho.

III.4) RESTRIÇÕES ÀS MODALIDADES DE REMUNERAÇÃO PREJUDICIAIS AO CONTROLE DA JORNADA (ART. 235-G, CLT):

Inspirada no artigo 10, item 1 do Regulamento (CE) nº 561/2006 do Parlamento Europeu, a disposição inserta no art. 235-G, da CLT representa poderoso instrumento para evitar a superexploração consentida dos motoristas.

Em que pese a parte final do dispositivo conter ressalva aberta no sentido de que a restrição a determinadas formas de pagamento, tais como comissões, esteja condicionada à demonstração de prejuízo, ainda que potencial, à segurança rodoviária, à coletividade ou possibilitar violação das normas da lei sob análise, o fato é que tal potencialidade danosa é ínsita à atividade de transporte.

Sob esse prisma, tem-se que a vedação ao pagamento por comissões passa a ser a regra no segmento, de modo que a referida ressalva aberta deve ser compreendida no sentido de conferir a necessária flexibilidade à norma, possibilitando o pagamento por comissão, por exemplo, naquelas situações onde a prestação dos serviços de transporte se dá durante período fixo de tempo, ou ainda, quando a comissão esteja vinculada à qualidade do trabalho e não à sua quantidade, tal como ocorre quando há modulação da parte variável da remuneração em função do consumo de combustível.

III.4.1) INTANGIBILIDADE CONTRATUAL E ALTERAÇÃO DA MODALIDADE DE REMUNERAÇÃO:

Os efeitos da aplicação do dispositivo em comento sobre os contratos de trabalho dos atuais motoristas comportam importantes questionamentos: poderá o empregador alterar unila-

teralmente esses contratos no que concerne à modalidade de remuneração? Caso permitida, dessa alteração poderá resultar redução na remuneração desses trabalhadores?

As respostas às indagações remetem o aplicador do direito ao suporte axiológico do Direito do Trabalho, notadamente aos princípios da *inalterabilidade contratual lesiva* e da *intangibilidade salarial*. O primeiro com previsão legal no art. 468 da CLT e o segundo com suporte constitucional dado pelo art. 7º, VI da Carta Magna. O art. 468 da CLT reza:

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

Verifica-se que a modificação em cláusulas do contrato de trabalho está, em regra, condicionada à concomitância de dois requisitos: o mútuo consentimento e a ausência de prejuízo, direto ou indireto, ao trabalhador.

É certo, porém, que não há prescrição normativa absoluta, de modo que o mútuo consentimento, no caso em estudo, deve ceder espaço em face da superveniência de lei que visa proteger bem jurídico mais relevante – a saúde, segurança e a vida do trabalhador.

Remanesce, pois, o requisito da ausência de prejuízo, ainda que indireto, para o motorista, seja ele social ou econômico.

Cabe ressaltar que, conforme já adiantado, a vedação ao prejuízo econômico encontra respaldo, também, no *princípio da intangibilidade salarial*, princípio este ancorado no art. 7º, VI da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 7º ...

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

À luz dos princípios ora invocados, conclui-se que a nova lei, ao determinar o fim do pagamento por comissão exige,

simultaneamente, que tal alteração contratual se dê sem prejuízo à remuneração do motorista.

Pois bem, ante esta conclusão nasce outra questão inquietante: qual o parâmetro a ser empregado para garantir a irreduzibilidade remuneratória do motorista?

Essa questão é especialmente espinhosa, pois além de se estar tratando de remuneração variável, é de conhecimento público que no segmento de transporte existem numerosos casos de prática da fraude popularmente conhecida como “pagamento por fora”.

Ou seja, para o fim de determinar o valor fixo da remuneração a ser considerada na repactuação do contrato não basta, por exemplo, fazer uma média da remuneração dos últimos “n” meses lançadas nos recibos de pagamento, simplesmente porque essa remuneração “formal” não corresponde à realidade.

A solução para essa intrincada situação é encontrada, mais uma vez, em sede principiológica, devendo ser observado o *princípio da primazia da realidade*, de modo que o parâmetro a ser observado será o valor real da remuneração média percebida pelo motorista em dado período.

Vislumbra-se, neste cenário, um fantástico espaço para que os sindicatos laborais conquistem expressivos avanços para os motoristas, pois aberta está a oportunidade para, a um só tempo, formalizar a integralidade da remuneração desses trabalhadores, bem como estabelecer pisos salariais condizentes com a importância desta categoria profissional.

III.5) DELEGAÇÃO À NORMA COLETIVA PARA REGULAÇÃO DE JORNADAS ESPECIAIS (ART. 235-H, CLT):

A regra dada pelo novo art. 235-H da CLT merece destacada atenção. Ela aparenta conferir aos sindicatos poder quase ilimitado para dispor sobre *outras condições específicas de trabalho do motorista profissional, desde que não prejudiciais*

à saúde e à segurança do trabalhador, incluindo jornadas especiais, remuneração, benefícios, atividades acessórias e demais elementos integrantes da relação de emprego, poderão ser previstas em convenções e acordos coletivos de trabalho, observadas as demais disposições desta Consolidação.

Sua interpretação deve ser cautelosa. Dever ser dada ênfase à limitação da autonomia coletiva da vontade quando as disposições forem prejudiciais à saúde e à segurança do trabalhador ou, ainda, quando forem contrárias às disposições inseridas na CLT e, obviamente, também na Constituição Federal.

Tal cuidado deve ser observado, sob pena de derrogação tácita da CLT e da própria Constituição por meio de instrumentos coletivos demasiadamente abrangentes.

Especial prudência deve ser dispensada à limitação da jornada propriamente dita, pois se levado ao pé da letra, instrumento coletivo poderia estabelecer jornadas especiais sem maiores critérios. Todavia, conforme já referido quando comentado o *caput* do art. 235-C, qualquer inovação coletiva acerca dos limites de jornada, deve observar os parâmetros dados pelo art. 7º, XIII da Carta Magna.

III.6) FRACIONAMENTO DO INTERVALO INTRAJORNADA (ART. 71, §5º, CLT):

Conforme já referido anteriormente, a autorização legislativa para que instrumento coletivo fracione o intervalo intrajornada mostra-se claramente inconstitucional.

Por certo o legislador tomou por base a antiga Orientação Jurisprudencial n. 342 da SBDI-1 do C. TST (abaixo transcrita), cujo item II fora cancelado e o novo texto compilado deu origem à nova Súmula n. 437:

OJ-SDII-342 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALI-MENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EXCEÇÃO AOS CONDUTORES DE VEÍCULOS

RODOVIÁRIOS, EMPREGADOS EM EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), in-fenso à negociação coletiva.

II - Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

Cabe frisar que, acertadamente, a superior corte de justiça trabalhista já reconhecia que a regra geral é a invalidade do fracionamento do intervalo intrajornada pela via coletiva, conforme bem esclarecido pelo item I da Orientação Jurisprudencial convertida em Súmula.

O intervalo intrajornada possui dupla função: destina-se à alimentação e ao repouso do empregado, bem como visa à preservação da saúde, física e mental do trabalhador, por meio do descanso. Trata-se de corolário do direito fundamental à saúde, insculpido como direito social dos cidadãos no art. 6º da Carta Magna.

Atenta à densidade normativa do art. 71 da CLT, a Subsessão de Dissídios Individuais n. 1 do Colendo TST, ao analisar o incidente de uniformização n. 1226/2005-005-24-00.1, por apertada maioria, decidiu, à época, dispensar tratamento especial aos condutores e cobradores do transporte coletivo urbano, passando a admitir cláusula coletiva que fracione o intervalo intrajornada, justificando que tal exceção se deu em razão das “condições especiais de trabalho a que são submeti-

dos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano”.

A SBDI-1 do C. TST foi cuidadosa em estabelecer critérios capazes de preservar a saúde do trabalhador, mesmo na exceção acima mencionada, explicitando que a cláusula coletiva “flexibilizadora”, para ser considerada válida deve contemplar: **a)** a redução mínima da jornada diária de trabalho para sete horas e a semanal para quarenta e duas horas; **b)** que a redução da jornada não implique em correspondente redução remuneratória; **c)** que a jornada, além de reduzida, não possa ser prorrogada; **d)** que as frações do intervalo intrajornada, concedidos ao final de cada viagem (volta do ônibus), não sejam descontadas da jornada.

Embora o item II do verbete cancelado guarde certa semelhança com a nova disposição legal inserida no § 5º do art. 71 da CLT, suas diferenças são marcantes e determinantes para a conclusão de que a inovação é inconstitucional. A fim de bem analisar o novo dispositivo, segue sua transcrição:

§ 5o 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.

Verifica-se que o dispositivo discrepa da antiga orientação pretoriana nos seguintes pontos: a) enquanto a OJ limitava a exceção ao condutor e ao cobrador, o dispositivo alcança, além destes, os fiscais de campos e afins; b) a OJ reconhecia as condições especiais de trabalho no transporte coletivo urbano,

enquanto o dispositivo se refere a transporte coletivo de passageiros, de modo a ampliar a exceção para o transporte de passageiros interurbanos e interestaduais, cujas condições de trabalho são absolutamente diversas; c) a OJ falava em concessão de intervalos menores ao final de cada viagem (volta do ônibus), enquanto o dispositivo refere-se à concessão de frações de intervalo entre o final da primeira hora e o início da última hora trabalhada, reforçando a conclusão de que a OJ tratava de motoristas do transporte coletivo urbano, enquanto o dispositivo trata dos trabalhadores do transporte coletivo interurbano; d) a OJ condicionava a validade do ajuste coletivo à redução da jornada em, pelo menos, uma hora, enquanto o dispositivo nada diz a respeito; e) a OJ limitava, em caráter absoluto, a prorrogação da jornada, ao passo que o dispositivo silencia-se.

Enfim, enquanto o Colendo Tribunal Superior do Trabalho buscou minorar a violação ao lastro constitucional que dá suporte ao art. 71 da CLT, o legislador reformista o ignorou por completo.

Da forma como está redigido o indigitado § 5º do art. 71 da CLT, a norma ordinária passará a legitimar direta violação aos bens jurídicos protegidos constitucionalmente, permitindo a nefasta combinação entre o fracionamento do intervalo intrajornada, manutenção do atual módulo de oito horas de jornada, com a possibilidade da sua prorrogação.

Isto tudo aplicável à categoria na qual as atividades não exigem tratamento peculiar sobre a matéria, uma vez que o transporte coletivo urbano de passageiros é absolutamente diverso do interurbano, no qual a concessão do intervalo intrajornada integral se mostra totalmente compatível com a execução da atividade.

Diversamente do que ocorre no transporte coletivo urbano, onde os condutores param, obrigatória e repetidamente, por alguns minutos a cada volta no percurso, o transporte interurbano de passageiros demanda horas de direção entre uma para-

da e outra, exigindo paradas mais longas, necessárias para permitir que os passageiros façam suas refeições e necessidades fisiológicas.

Neste contexto indaga-se: onde está o fundamento para fracionar o intervalo do motorista do transporte interurbano?

Como se vê, o legislador reformador transitou além dos limites impostos pela Constituição ao flexibilizar norma de ordem pública garantidora do direito fundamental à saúde do trabalhador sem ao menos prever, como fazia o C. TST, contrapartidas e condições que, mesmo na exceção, pudessem resguardar a saúde desses trabalhadores.

Neste passo, incumbe explicitar o posicionamento quanto ao cancelamento do item II da OJ n. 342 da SBDI-I do TST.

Há quem atribua tal cancelamento à edição da Lei n. 12.619/12, defendendo que como o novo diploma teria regulado a matéria, descaberia ao Judiciário manter entendimento sumular a respeito.

Não nos parece ser esta a melhor interpretação. Nos filiamos àqueles que entendem que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o descabimento em admitir, ainda que em sede de negociação coletiva, a flexibilização do intervalo intrajornada, por se tratar, nos termos do atual item II da Súmula n. 437, de medida de higiene, saúde e segurança do trabalho respaldada pelo art. 7º, XII da Constituição e pelo próprio art. 71 da CLT.

Portanto, a nós parece claro que o silêncio do Tribunal Superior do Trabalho por ocasião da recente revisão da sua jurisprudência foi eloquente. Não se referiu ao novo § 5º do art. 71 da CLT, por ser este flagrantemente inconstitucional.

III.7) INSTRUMENTO COLETIVO APLICÁVEL AO EMPREGADOR COM ATIVIDADE EM VÁRIAS LOCALIDADES

A lei ora examinada confere destacado espaço à regulação coletiva e, levando em conta a peculiaridade inerente à atividade do transporte rodoviário de cargas e de passageiros, na qual é comum observar situações onde o empregador mantém bases em vários municípios e o trabalho é também exercido nesses vários municípios, impõe-se a questão de se identificar qual instrumento coletivo deverá ser observado para o fim de integração normativa do contrato individual de trabalho dos motoristas que laboram nesses vários municípios.

Nessa hipótese a doutrina justrabalhista apresenta como solução a aplicação do *princípio da norma mais favorável ao trabalhador*, observado o critério do conglobamento. Ou seja, aplicar-se-á o instrumento coletivo que, no seu conjunto, oferecer melhores condições ao trabalhador.

Tal solução se impõe como meio de evitar que o empregador possa “escolher” aplicar o instrumento coletivo que melhor atenda aos seus interesses, subvertendo, desse modo, o princípio da proteção.

IV - APLICABILIDADE TRANSVERSAL DAS NORMAS REGULAMENTADORAS DO MTE AO MEIO AMBIENTE LABORAL DOS MOTORISTAS (ART. 9º DA LEI):

É ínsito à atividade do motorista rodoviário que este se ative na maior parte do tempo fora do ambiente do seu empregador. De fato, o motorista exerce sua atividade fundamentalmente na estrada, nela considerada desde a qualidade do pavimento das rodovias, passando pelos pontos de parada para descanso, hotéis, barreiras fiscais, barreiras policiais, entrepostos aduaneiros, praças de pedágios e, principalmente, pelos pátios das embarcadoras.

O ambiente laboral dos motoristas rodoviários pode ser dividido da seguinte forma: o ambiente do empregador e o ambiente de terceiros, sendo este último subdividido em ambiente

de terceiros privados e públicos.

A relevância do meio ambiente para a qualidade de vida dos seres humanos é bem demonstrada pelo art. 3º, I da Lei n. 6.938/81, o qual define meio ambiente como *o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.*

O meio ambiente do trabalho, enquanto derivação do meio ambiente artificial, ou seja, do meio ambiente natural modificado pelo homem, constitui condição essencial para que o trabalhador exerça suas atividades com qualidade de vida.

Ocorre que a onipresença do meio ambiente não foi adequadamente transmudada para legislação do trabalho, uma vez que as Normas Regulamentadoras - NR do MTE possuem aplicação restrita às *empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, conforme preceitua o item 1.1 da NR 1.*

Essa limitação acaba por não obrigar, por exemplo, no caso dos motoristas rodoviários transportadores de carga, que as embarcadoras guarneçam seus pátios com as condições mínimas de saúde, segurança e conforto preconizadas nas NRs do MTE.

Tal situação traz, cotidianamente, sérios conflitos entre motoristas e embarcadoras, resultando com frequência na restrição unilateral imposta pelas embarcadoras ao “CPF” dos motoristas “rebeldes”, impedindo que estes voltem a operar nas suas unidades, ou seja, alijando-os do mercado de trabalho.

Atento à peculiar transversalidade do meio ambiente laboral dos motoristas, o art. 7º projeto de lei previa que futuras concessões de rodovias contemplassem *a construção de locais seguros, destinados a estacionamento de veículos e descanso para os motoristas, situados a intervalos menores que 200 (du-*

zentos) quilômetros entre si, incluindo área isolada para os veículos que transportem produtos perigosos, e em consonância com o volume médio diário de tráfego na rodovia. No mesmo sentido, o art. 10 do projeto assinalava o prazo de um ano para que as concessionárias de rodovias outorgadas antes do advento da lei a ela se adaptassem. Contudo, infelizmente, ambos os artigos foram vetados pelo Poder Executivo.

Com os aludidos vetos presidenciais restou severamente prejudicada a atenção relativa ao meio ambiente laboral dos motoristas no que tange às instalações de terceiros do setor público administradas pela iniciativa privada sob o regime de concessão.

Todavia, remanesceu o art. 9º, que prevê a aplicação transversal das NRs do MTE, nos seguintes termos:

Art. 9º 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.

Desse modo, embora não figurem como empregadores dos motoristas transportadores de carga em contrato individual de emprego, embarcadoras, consignatários de carga, operadores de terminais de carga, operadores intermodais de cargas, agentes de cargas, administradores de aduanas, administradores (públicos ou privados) de portos marítimos, fluviais e secos deverão, nos seus pátios, observar as condições sanitárias e de conforto prescritas nas NRs do MTE.

Da mesma forma, quanto aos motoristas rodoviários transportadores de passageiros, estão vinculados às NRs os responsáveis pelos pontos de parada, de apoio, dos alojamentos

e pelos refeitórios.

Trata-se de uma importantíssima inovação, que instrumentaliza a Auditoria-Fiscal do Trabalho na seara administrativa, bem como o Ministério Público do Trabalho na seara judicial, com os meios necessários para exigir que todos responsáveis pela cadeia ambiental envolvida na prestação dos serviços de transporte observem as condições mínimas sanitárias e de conforto preconizadas pelas Normas Regulamentadoras do MTE.

Cabe, porém, esclarecer o exato alcance do multicitado artigo 9º da lei, uma vez que sua interpretação desviada serviu de fundamento para que o CONTRAN editasse a Resolução n. 417 que, em termos práticos, afastou a fiscalização punitiva por parte da Polícia Rodoviária Federal - a instituição que se converte na principal fiscal da norma.

O CONTRAN adotou a interpretação no sentido de que todos os pontos de parada e de repouso nos quais os motoristas *transportadores de carga* possam parar, devem, obrigatoriamente observar as NRs do MTE.

Contudo, o art. 9º não possui esse alcance, seja porque sua literalidade assim não revela, seja porque interpretação diversa conduziria ao absurdo de exigir que um terceiro (proprietários de postos de combustíveis, de pousadas, etc), sem qualquer relação jurídica com o empregador do motorista, com o próprio motorista ou ainda com o tomador de serviços de transporte, devesse observar regras ambientais de trabalho em razão da potencialidade de um motorista parar para descansar ou repousar no seu estabelecimento.

Não é por outra razão que a lei exigiu, quanto aos pontos de parada para repouso e descanso, que estes observem as NRs do MTE apenas quando recebam motoristas condutores de passageiros, pois nestes casos há uma relação de parceria mantida entre os proprietários dos pontos de parada e as viagens, fato que torna juridicamente viável tal exigência.

Já no transporte de carga o itinerário e o percurso do transporte é indeterminado, podendo variar de viagem para viagem, fato que se apresenta como óbice prático à exigência para os motoristas deste segmento.

Com efeito, importa esclarecer que o referido artigo 9º estabelece a obrigação de prover o meio ambiente de condições sanitárias e de conforto adequadas para dois conjuntos distintos de profissionais: os condutores de carga e os condutores de passageiros.

Além disso, conforme cada um desses conjuntos de profissionais, há clara delimitação quanto a quais ambientes laborais estão abrangidos pelo comando legal, bem como quais seriam os sujeitos obrigados ao cumprimento da norma. Há, pois, uma delimitação objetiva (locais atingidos) e uma delimitação subjetiva (pessoas obrigadas).

Especificamente para os motoristas *condutores de carga*, os obrigados pelo dispositivo são as empresas transportadoras de cargas, os embarcadores, os consignatários de carga, os operadores de terminais de carga, os operadores intermodais de cargas, os agentes de cargas, os responsáveis pelas aduanas, os responsáveis pelos portos marítimos, fluviais e secos.

Ainda quanto aos condutores de carga, o dispositivo é claro em apontar os pátios dos obrigados como único local onde se exige que as condições ambientais observem o prescrito nas Normas Regulamentadoras - NR do MTE.

Por sua vez, quanto aos motoristas de *transporte de passageiros* (não de carga) a indicação dos obrigados seguiu um critério de acessoriedade aos locais onde a prestação de serviços se desenvolve, na medida em que, todos os responsáveis (sejam eles empregador ou terceiro), por rodoviárias, pontos de parada, de apoio, de alojamentos, de refeitórios devem prover tais locais com condições sanitárias e de conforto compatíveis com o disposto nas NRs do MTE.

Ocorre que, a despeito da literalidade do disposto no art.

9º da Lei n. 12.619/12, a Resolução n. 417 do CONTRAN, foi concebida partindo da falsa premissa de todos os pontos de parada, para todos os motoristas, tanto do transporte de carga, quanto do de passageiros, deveriam estar providos pelas condições sanitárias e de conforto preconizadas pelas NRs do MTE.

A Resolução foi mais longe: enquanto o art. 9º estabelece obrigações para aqueles que, de um modo ou de outro, se beneficiam do labor dos motoristas, a Resolução, ao contrário, imuniza de fiscalização exatamente aqueles que não cumprem a lei.

Em termos práticos, conforme já dito, a Resolução n. 417/CONTRAN compromete totalmente a Lei n. 12.619/12, pois ao impedir a fiscalização do tempo de direção, conduz à quebra do necessário tratamento isonômico que deve ser dispensado aos motoristas empregados e autônomos, provocando, dessa forma, um desarranjo insustentável neste segmento.

O caráter falacioso da premissa sobre a qual foi edificada a Resolução n. 417/CONTRAN pode ser claramente observado no cotidiano dos motoristas profissionais. Isto porque, conforme já dito, todos eles laboram, desde sempre, na longa malha viária brasileira, parando ao longo dessas rodovias, seja para pernoitarem, seja para atenderem às suas necessidades fisiológicas ou mesmo para se alimentarem.

Portanto, pontos de parada existem e sempre existiram. Contudo, se verdade há na premissa do CONTRAN, é que esses pontos estão longe de poderem ser considerados ideais sob o aspecto ambiental.

Contudo, a inadequação desses pontos jamais poderia dar azo à omissão do Estado. Ao contrário, além desse fato nada obstar a atuação das autoridades de trânsito, essa realidade exige que as autoridades sanitárias e que a Auditoria-Fiscal do Trabalho se empenhem em exigir o cumprimento da lei.

Sendo assim, o art. 9º da Lei n. 12.619/12 não enseja a omissão do Estado, mas sim a sua pronta e enérgica atuação.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação da jornada dos motoristas rodoviários, embora chegando com décadas de atraso e tendo sido concebida com alguns dispositivos que agridem o objetivo da própria norma, estabelece marco jurídico seguro quanto à possibilidade e os meios de controle da jornada de trabalho desses profissionais, onerando, ainda que de forma mitigada, a sobrejornada.

A plena e adequada aplicação desta lei tem o potencial de resguardar a dignidade, a saúde e a vida de milhões de motoristas profissionais, bem como de toda a sociedade enquanto usuária das rodovias brasileiras. Além disso, espera-se um efeito extremamente positivo sobre a demanda da mão de obra do motorista, pois a regularização do quadro atual de desumana sobrejornada implicará, inexoravelmente, na necessidade de formação e contratação de milhares desses profissionais.

O cenário que se aproxima abre para os sindicatos laborais um momento histórico ímpar, no qual o incremento na demanda pela mão de obra do motorista combinado com a restrição do pagamento por comissão possibilita negociações coletivas amplamente proíficas, tendendo a resultar em pronunciada elevação no nível salarial dos motoristas profissionais.

Sob o ponto de vista econômico esse novo estado de coisas, no médio e longo prazo, tenderá a estimular a mudança no perfil do transporte de cargas brasileiro, atualmente com notória prevalência do modal rodoviário. Além disso, sob o ponto de vista socioeconômico, uma das maiores questões de saúde pública do Brasil será impactada positivamente com a esperada queda no nível de acidentes rodoviários.

Por outro lado, a aplicação desvirtuada da norma, poderá produzir efeito inverso, ou seja, aprofundar as mazelas até então observadas.

Tendo em vista a atribuição legalmente conferida ao empregador para que ele possa eleger o meio de controle da jor-

nada de trabalho dos seus motoristas, se não houver ostensiva fiscalização, a fraude poderá se estabelecer como regra no setor. Sendo assim, é fundamental que os órgãos de fiscalização - Polícias Rodoviária Federal e Estaduais, Fiscalização do Trabalho e Ministério Público do Trabalho - se articulem proativamente para que a aplicação da norma seja devidamente acompanhada.

Merece atenção a postura dos sindicatos profissionais, do Poder Judiciário Trabalhista e do Ministério Público do Trabalho frente ao novo quadro normativo. A lei, conforme já assentado, conferiu pronunciada importância à negociação coletiva, chegando ao limiar de atribuir a ela efeito derogatório sobre a Constituição Federal. Desse modo, caso os sindicatos ao invés de valerem-se do cenário criado pela lei para estabelecer condições econômicas e sociais vantajosas para os trabalhadores, decidam flexibilizar direitos consagrados na Constituição e na CLT, em especial quanto aos limites de jornada, far-se-á necessária a pronta atuação do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho para conformar a autonomia coletiva da vontade aos limites legais e constitucionais.

Ainda na linha de conformação da lei à hierarquia normativa, é fundamental que haja o devido enfrentamento das disposições que autorizam o estabelecimento da jornada “12 x 36” e o fracionamento do intervalo intrajornada, seja ele nos casos concretos, seja por meio do seu questionamento perante o Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Enfim, a lei n. 12.619/2012 trará uma nova realidade para esse estratégico setor, se esta realidade será positiva ou negativa depende fundamentalmente da postura dos atores que até então se envolveram na criação da própria lei.

Não se trata de uma transição fácil, os recentes desdobramentos após a vigência da lei têm demonstrado isso.

A quebra do paradigma da máxima exploração do moto-

rista profissional atinge interesses econômicos de fortes e influentes grupos que lucram com base no sistema desumano de trabalho até então em vigor.

Essa resistência à mudança tem levado o Poder Executivo a uma postura pendular e vacilante, bem caracterizada pela ambígua atuação do CONTRAN, que num primeiro momento demonstrou elogiável compromisso institucional, ao editar, com notável tempestividade, a Resolução n. 405/2012, que trouxe importantes avanços e aperfeiçoamentos na interpretação e aplicação da lei. Contudo, o mesmo CONTRAN, após ceder à pressão exercida na defesa de interesses inconfessáveis, editou a Resolução n. 417/2012 que, em termos práticos, afastou temporariamente a possibilidade de fiscalização do cumprimento da lei por parte das autoridades de trânsito.

O Ministério Público do Trabalho, na condição não apenas de defensor da ordem jurídica, mas sobretudo no exercício da sua função de promover a concretização dos direitos fundamentais trabalhistas, vem empreendendo diversas medidas judiciais e extrajudiciais para restaurar a ordem natural das coisas, vem buscando deixar claro que as leis existem e, num verdadeiro Estado Democrático de Direito, devem ser cumpridas.

Tal fato, embora lastimável, apenas confirma que as conquistas sociais não observam uma evolução linear. Elas são fruto de uma tensão entre forças vanguardistas e conservadoras, ora com avanços, ora com retrocessos. Contudo, a história demonstra que o desejo de todos pela construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária possui uma força irresistível.

