

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CARÁTER INDENIZATÓRIO DAS HORAS EXTRAS NO INTERVALO INTRAJORNADA

Rebecca Ferreira de Oliveira¹

Valmir Cesar Pozzetti²

Fecha de publicación: 01/10/2018

Sumário: Introdução. **1.** Natureza jurídica do intervalo intrajornada. **2.** Norma de ordem pública. **3.** Inconstitucionalidade da indenização de horas extras intrajornada. - Conclusão. - Referências.

Resumo: O objetivo desta pesquisa foi de analisar a natureza jurídica das horas extras laboradas no intervalo intrajornada: se de natureza salarial, ou se de natureza indenizatória; tendo em vista que a reforma trabalhista de 2017, no Brasil, tipificou as horas trabalhadas no período de repouso, como de natureza indenizatória. A metodologia utilizada nessa pesquisa foi a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica, ou seja, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência e, quanto aos fins, a pesquisa foi a qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que o período laborado em horário intrajornada, sem a concessão do mínimo estabelecido pela legislação, constituiu-se em remuneração salarial e não em verbas indenizatórias, como constou na reforma trabalhista de 2017, sendo devido ao trabalhador todos os reflexos a que faz jus às verbas de natureza salarial.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

² Doutor em Biodireito/Bioética pela Université de Limoges/França; prof. Adjunto da UFAM – Univ.; Federal do Amazonas e da UEA – Univ. do Estado do Amazonas.
v_pozzetti@hotmail.com

Palavras chave: verbas indenizatórias; verbas salariais; inconstitucionalidade; reforma trabalhista.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE INDEMNIFYING
CHARACTER OF THE EXTRA HOURS IN THE
INTRAJORNATED INTERVAL

Abstract: The objective of this research was to analyze the legal nature of the overtime worked in the interval intrajornada: if salary, or if indemnity nature; considering that the 2017 labor reform in Brazil typified the hours worked in the rest period, as an indemnity. The methodology used in this research was that of the deductive method. As for the means, the research was the bibliographical one, that is to say, with use of the doctrine, legislation and jurisprudence and, for the purposes, the research was qualitative. The conclusion reached was that the period worked in intra-hours, without the granting of the minimum established by the legislation, consisted of salary compensation and not compensation, as recorded in the labor reform of 2017, being due to the worker all the reflexes to which he is entitled to salary amounts.

Key words: indemnity funds; salary funds; unconstitutionality; labor reform.

INTRODUÇÃO

A legislação trabalhista, pós revolução industrial passou por altos e baixos. Iniciamos um período onde o trabalhador foi extremamente explorado e escravizado e depois experimentamos período de conquistas sociais, no âmbito dos direitos trabalhistas e previdenciários.

A Constituição brasileira de 1988 – CF/88, trouxe diversos direitos aos trabalhadores, dentre eles o da hora extra. Por outro lado, a Consolidação das leis Trabalhistas Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – CLT, também tratou de explicitar o que seriam verbas de natureza salarial e as que não o seriam.

Nesse sentido, a Reforma Trabalhista de 2017 – lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, fez algumas alterações nos direitos trabalhistas, que aprecem contrariar o texto constitucional trazendo um *minus* aos direitos antes assegurados, contrariando o artigo 7º da CF/88 que estabelece que o trabalhador urbano e rural teriam assegurados todos os direitos insertos naquele artigo, além de outros que provocariam a sua melhoria de condição de vida.

Dessa forma, o objetivo dessa pesquisa é o de analisar a legislação trabalhista Constitucional e as normas infraconstitucionais e verificar se, no tocante à reforma trabalhista, a norma que exclui a natureza as horas extras laboradas nos intervalos intra-jornada, tem amparo legal.

A problemática que envolve essa pesquisa é: de que forma assegurar ao trabalhador brasileiro a natureza salarial das verbas oriundas de hora extra em intervalo intrajornada, conquistado ao longo de décadas?

Até 10 de novembro de 2017 o intervalo concedido entre a jornada de trabalho para descanso e refeição dos empregados com jornada igual ou superior a 6 (seis) horas diárias correspondia a no mínimo 01 (uma) hora, nos termos do caput do art. 71 da CLT. E caso esse descanso não fosse disponibilizado ou tão somente fosse disponibilizado parcialmente ao empregado, a hora que o mesmo deixou de descansar ou almoçar para trabalhar era paga como hora extra, com o acréscimo de adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho, nos termos do § 4º do art. 71 da CLT, valor este que integrava as demais verbas

trabalhistas, para efeito de férias, 13ª salário e FGTS, nos termos do inciso III da súmula 437 do TST.

E com a instituição da reforma trabalhista, a partir de 11 de novembro de 2017 a não concessão ou concessão parcial do intervalo mínimo de 1 (uma) hora para alimentação e repouso pelo empregador, deverá ser pago pelo mesmo como hora extra, com adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho, porém, sem reflexo salarial desse valor nas demais verbas trabalhistas, nos termos do § 4º do art. 71 da CLT com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

A metodologia utilizada nessa pesquisa é a do método dedutivo; quanto aos meios a pesquisa será bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência e, quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

Assim sendo, passaremos a discorrer sobre a natureza jurídica do intervalo intrajornada para fomentar as discussões vindouras.

1 NATUREZA JURÍDICA DO INTERVALO INTRAJORNADA

É importante destacar que a legislação brasileira estabelece vários intervalos, durante o contrato de trabalho, dentre eles: a) descanso interjornada (espaço de 11 horas entre o término de uma jornada e o início da outra), b) descanso intrajornada (espaço dentro do horário de trabalho para o trabalhador repor energias); c) descanso semanal remunerado (um dia de descanso na semana para convivência familiar) e d) descanso anual (direito a férias).

Segundo Delgado (2003, p. 912), “Intervalo intrajornada é o descanso concedido dentro da própria jornada de trabalho”. Nesse sentido complementa Magno (1.992, p.50):

A finalidade precípua da pausa em foco é a de minimizar os efeitos nocivos da fadiga sobre o organismo do trabalhador. Secundariamente, deve servir de oportunidade para que este se alimente. Contém-se no preceito (art. 71, caput, CLT) uma disjuntiva, o que logicamente implica opção entre repouso ou alimentação. **Na prática, porém, o que se dá é que o trabalhador usa da pausa para cumulativamente repousar e se alimentar.** (gn)

A CLT dispõe sobre o intervalo intrajornada da seguinte forma:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, **o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora** e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. (gn)

Já a lei nº 5.889/1973 estabelece:

Art. 5º - Em qualquer trabalho contínuo de duração superior a seis horas, será obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação observados os usos e costumes da região, não se computando este intervalo

na duração do trabalho. Entre duas jornadas de trabalho haverá um período mínimo de onze horas consecutivas para descanso.

Pois bem, vê-se, portanto, que o direito ao repouso intrajornada é garantido por lei e é obrigatório para o trabalhador que laborar diariamente por um período acima de seis horas. Até o período da reforma, vigorava o disposto no artigo 71 da CLT e a Sumula 437 do TST –Tribunal Superior do Trabalho, onde se destacava a natureza salarial se esse período de repouso fosse laborado:

Art. 71 - (...) *omissis*

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, **este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.** (gn)

Súmula nº 437 do TST

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, **quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.** (gn)

Assim, caso não fosse disponibilizado ou tão somente fosse disponibilizado parcialmente ao empregado, o intervalo mínimo previsto, a hora que o mesmo deixou de descansar ou alimentar-se para trabalhar era paga como hora extra, com o acréscimo de adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal, o qual integrava as demais verbas trabalhistas, tais como férias, 13ª salário e FGTS. Após a reforma trabalhista, a partir de 11 de novembro de 2017 até o presente momento, com a redação dada pela Lei 13.467/17, a natureza jurídica da remuneração do serviço extraordinário prestado durante o intervalo intrajornada passou a ser meramente indenizatória.

Ou seja, a não concessão ou concessão parcial do intervalo mínimo de 1 (uma) hora para alimentação e repouso pelo empregador, passou a ser paga como hora extra, com adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho, porém, sem reflexo salarial desse valor nas demais verbas trabalhistas, nos termos do § 4º do art. 71 da CLT com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017:

Art. 71. (...) *omissis*

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, **de natureza indenizatória**, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (gn)

Dessa forma, a alteração trazida pela novel legislação suprimiu dos trabalhadores, o direito referente aos reflexos que as Horas Extras possuíam nos demais direitos trabalhistas, como férias, 13º salário e FGTS. Tal alteração é um *minus* aos direitos trabalhistas que contrariam o caput do artigo 7º da CF/88:

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

(...) *omissis*

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Vê-se, portanto, que a CF/88 estabelece sempre um *plus* e nunca um *minus*, aos direitos trabalhistas. O comando legal inserto na CF/88 é um comando legal impositivo, de ordem pública, que deve ser respeitado pelo STF – Supremo tribunal Federal, instância máxima da nação brasileira.

2. NORMA DE ORDEM PÚBLICA

Norma de ordem pública é toda aquela norma impositiva que não admite transações ou contratos particulares que venham a suprimir direitos. Nesse sentido, a CLT estabeleceu o número máximo de horas que o trabalhador pode trabalhar, exatamente para evitar que o empregador lhe exija outro horário que venha a lhe trazer prejuízo à saúde, principalmente. Vejamos o que diz a CLT:

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

Denota-se que a jornada de trabalho é o período em que o empregado está à disposição de seu empregador, para o exercício das atividades laborativas, para as quais foi contratado.

Por isso, faz-se imprescindível a intervenção do Estado na relação empregatícia, para limitar a jornada e estabelecer diretrizes mínimas, imperativas e invioláveis, necessárias para coibir possíveis abusos provindos dessa relação, assegurando aos empregados direitos sociais.

Nesse sentido dispõe a CF/88:

Art. 6º São **direitos sociais** a educação, **a saúde, a alimentação, o trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (gn)

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

(...) *omissis*

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (gn)

Para corroborar o disposto no texto constitucional, o caput do art. 71 da CLT e o caput do art. 5º da Lei nº 5.889/1973 confirmam que o intervalo intrajornada corresponde a um dos frutos dessa intervenção estatal na relação empregatícia, o qual é reservado o direito à alimentação e descanso do empregado dando ao corpo e a mente a oportunidade de se recuperar para o retorno as atividades laborativas, cujo o objetivo primordial é resguardar a saúde e segurança do trabalho, como instrumento relevante de preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo da prestação diária de serviço.

Nesse sentido, esclarece Pamplona Filho (2.000, p. 42), que “os repouso correspondentes ao dia ou dias de trabalho visam a alcançar um resultado físico imediato $\frac{3}{4}$ a recomposição do organismo humano para suportar a continuidade seguinte do esforço”.

Assim, pode-se concluir que o intervalo intrajornada não se trata apenas de um direito indisponível dos trabalhadores, mas um direito que está assegurado por normas que preveem condições mínimas dentro do ambiente de trabalho, motivo pelo qual se caracterizam como regras de ordem pública, com força cogente. E isso porque englobam norma de saúde e segurança do trabalho, já que esse intervalo é destinado à recuperação do empregado, evitando a ocorrência de acidentes e o desenvolvimento de doenças dado pela exaustão de um trabalho ininterrupto.

Nesse mesmo sentido esclarecem Delgado e Neves Delgado (2017, p. 80):

As normas jurídicas que implementam políticas ou medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, com redução dos riscos inerentes ao trabalho, qualificam-se como normas imperativas estatais, impondo um efetivo dever ao próprio Estado - circunstância que impossibilita, naturalmente, a sua flexibilização ou supressão por instrumento coletivo negociado ou pela simples manifestação de vontade das partes contratantes, na esfera do contrato individual de trabalho. Direitos relacionados à saúde e à segurança no trabalho são, evidentemente, indisponíveis, condição que também impede a sua supressão por ato de renúncia ou de transação contratual.

Baseado nesse raciocínio, indaga-se: qual a justificativa de a remuneração do serviço extraordinário realizado pelo empregado, efetuada no montante de 50% superior à da hora normal, por hora a mais trabalhada, conforme § 1º do art. 59 da CLT possuir reflexo salarial em verbas trabalhistas? Neste sentido nos esclarece Cassar (2015, p. 817) que “o adicional também se constitui em um sobressalários e possui natureza salarial, apesar da finalidade precípua de indenizar a nocividade causada pela situação a que o empregado estava exposto ou submetido”.

E para Delgado (2016, p.840), “os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas”.

É importante destacar, também, que Martinez (2010, p.361) lembra que o adicional de hora extra também reflete na gratificação semestral, conforme a súmula 115 do TST, e na indenização por antiguidade, conforme súmula 24 do TST, destacando que “são calculadas a partir da integração de horas extraordinárias estão o RSR, as férias, o décimo terceiro salário, a gratificação semestral, a indenização por antiguidade prevista no art. 478 da CLT e o aviso-prévio indenizado”.

Nesse sentido, Delgado (2016, p. 840) conclui que o adicional de hora extra, por possuir natureza salarial e ser percebido habitualmente, “irá refletir, desse modo, no cálculo do 13º salário, férias com 1/3, FGTS (com 40%, se for o caso), aviso-prévio, além da contribuição previdenciária”, enquanto que o pagamento sobre as horas aditivas em que o empregado exerce serviços extraordinários durante o intervalo intrajornada não incide sobre essas verbas remuneratórias.

É importante destacar que a execução de atividades laborativas durante o período que deveria ser designado ao intervalo de descanso do empregado, o afeta tanto quanto ou até mais do que o trabalho sobre jornada. Assim explica Delgado (2016, p. 955) que “a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes de trabalho”.

Há que se evidenciar, ainda, que o tempo que o trabalhador deixa de usufruir do intervalo para trabalhar, suprime seu direito ao repouso e alimentação, os quais tratam-se de elementos essenciais para a preservação da saúde física e mental deste indivíduo em benefício da melhor prestação do serviço, além de operarem como instrumentos para manutenção da segurança, em prol da redução de riscos inerentes ao trabalho eventualmente possíveis de se consumarem por efeito de fadiga.

Não se pode deixar de mencionar que a CF/88 ainda trata de direitos sociais dos trabalhadores ao dispor:

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

Nesse sentido, Silva (2009, p. 286) esclarece que “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos direitos, que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Assim, Marcelo Cunha Junior (2012, p. 172) esclarece que:

A interpretação e aplicação desses direitos devem ser orientadas por alguns princípios, dentre os quais, podem ser destacados: **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III); valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV); valorização do trabalho humano e justiça social (CF, art. 170); busca do pleno emprego (CF, art.170, VIII); e, primado do trabalho como base da ordem social (CF, art. 193).

Dessa forma, vejamos a seguir o que as discussões jurídicas estabelecem como trabalho digno.

2.1. TRABALHO DIGNO

O amparo constitucional dado ao trabalhador, não só como indivíduo para viver dignamente, mas no que cerne ao rol de todas as condições favoráveis exigíveis para exercer seu ofício também com dignidade, encontram-se respaldados por um dos objetivos visionados pela República Federativa do Brasil.

Nesse sentido a CF/88 estabelece:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a **dignidade da pessoa humana**;

IV - **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (gn)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, **justa e solidária**;

II - Garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**;

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (gn)

A ideia central desses objetivos fundamentais se concentra na oferta de instrumentos que por si só materializem os direitos e garantias assegurados a cada indivíduo em uma sociedade.

A dignidade da pessoa humana consiste em um valor constante que deve acompanhar a consciência e o sentimento de bem-estar de todos, cabendo ao Estado garantir aos seus administrados direitos que lhe sejam necessários para viver com dignidade. Isto é, direito à honra, a vida, à liberdade, à saúde, à moradia, à igualdade, à segurança, à propriedade, entre outros.

No entanto, converge a ideia da dignidade da pessoa humana do plano individual, como pessoa humana possuidora de direitos para o campo trabalhista, como trabalhador possuidor de direitos.

E a partir disso, estabelece uma série de direitos destinados a trabalhadores rurais e urbanos que visem melhores condições de trabalho, as quais normatizam um dos direitos sociais, inserido nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, disposto no caput do art. 6º da CF, qual seja, o direito ao trabalho.

Logo, uma vez que regulamentam um dos direitos sociais constitucionalmente previsto, caracterizados como normas de ordem pública, de caráter imperativo e inviolável, essas condições de trabalho arroladas nos incisos do art. 7º da CF tornam-se cogentes, ou seja, compulsórias, de maneira coercitiva e integral e é obrigatório a observância do Princípio da Dignidade da pessoa humana.

Além do caráter impositivo que adquiriram tais condições de trabalho, em função de reger a respeito de direitos sociais, qual seja, o trabalho, codificado no caput do art. 6 da CF, tendo em vista a natureza de norma pública.

Imputa-se viável que o pagamento do montante sobre as horas aditivas em que o empregado exerce serviços extraordinários durante o intervalo intrajornada, deve incidir sobre essas verbas remuneratórias, assim como a remuneração do serviço extraordinário realizado pelo empregado por hora a mais trabalhada (fora do horário intrajornada) possui reflexo salarial em verbas trabalhistas.

Tendo em vista que o desconto do intervalo intrajornada restringe ao empregado o repouso e a alimentação, o que prontamente confronta uma das formas de integrar melhores condições de trabalho, arroladas nos incisos do

art. 7 da CF, quais sejam no caso em tela, mecanismos estipulados no inciso XXII do art. 7 da CF, visando a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

E, portanto, a supressão do intervalo intrajornada contrapõe uma norma de ordem pública, a qual, assim como as demais condições mínimas elencadas no rol do mencionado dispositivo, fora embasada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual o trabalhador que não goza de repouso e alimentação durante o expediente diário, tem cerceado de si um trabalho integralmente digno.

2.2. HORAS EXTRAS

É importante evidenciar o que se intitula por Hora Extra e como se dá sua aplicação, uma vez que o que se considera como trabalho extraordinário é aquele realizado fora do horário convencionado pelas partes, em extensão; ou seja, é aquele realizado em período que ultrapassa o limite legal ou contratual da jornada diária ou semanal de trabalho.

Neste sentido, esclarece-nos a CLT:

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

No tocante a efetivação da prestação de hora extra, essa decorre da prorrogação da jornada de trabalho, sem que haja compensação, a qual não é permitida exceder em mais de duas horas, conforme CLT:

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Nessa linha de raciocínio Delgado (2016, p. 1020) esclarece que “Jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual”. E em ocorrendo a prestação laboral em regime extraordinário, é devido ao empregado um acréscimo de 50% ao valor da hora norma, conforme CLT:

Art. 59. (...) *omissis*

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.

Para Martinez (2010, p. 360) a hora extra trata-se de salário adicional por “tratar-se de acréscimo salarial pago sempre que são extrapolados os limites da duração do trabalho normal”.

Já para Cassar (2015, p. 821), “o adicional de hora extra é devido quando o empregado labora além da jornada legal ou contratual”.

Sendo que o adicional pago pelas horas extras trabalhadas possui natureza jurídica salarial. Isto significa dizer que a remuneração paga a título de indenização ao empregado pelo serviço extraordinário exercido em período exorbitante incide em outras verbas trabalhistas, provindas da ruptura da relação contratual.

Nesse sentido Delgado (2016, p. 840) conclui que o adicional de hora extra, por possuir natureza salarial e ser percebido habitualmente, “irá refletir, desse modo, no cálculo do 13º salário, férias com 1/3, FGTS (com 40%, se for o caso), aviso-prévio, além da contribuição previdenciária”.

Na mesma linha de raciocínio Martinez (2010, p. 361) lembra que o adicional de hora extra também reflete na gratificação semestral, conforme a súmula 115 do TST, e na indenização por antiguidade, conforme súmula 24 do TST, “são calculadas a partir da integração de horas extraordinárias estão o RSR, as férias, o décimo terceiro salário, a gratificação semestral, a indenização por antiguidade prevista no art. 478 da CLT e o aviso-prévio indenizado”.

Neste sentido também é a Jurisprudência:

OJ 397 SDI1 TST

COMISSIONISTA MISTO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 340 DO TST. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula nº 340 do TST. Vejamos a jurisprudência:

Súmula nº 24 do TST. SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Insere-se no cálculo da indenização por antiguidade o salário relativo a serviço extraordinário, desde que habitualmente prestado

Súmula nº 115 do TST. HORAS EXTRAS. GRATIFICAÇÕES SEMESTRAIS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O valor das horas extras habituais integra a remuneração do trabalhador para o cálculo das gratificações semestrais.

E, para Cassar (2015, p. 817), “o adicional também se constitui em um sobressalários e possui natureza salarial, apesar da finalidade precípua de indenizar a nocividade causada pela situação a que o empregado estava exposto ou submetido”.

E continua Cassar (2015, p. 880) explicando que os adicionais “são os acréscimos ao salário-base. Normalmente dependentes de uma condição. Preenchida a condição, o empregador deve efetuar o pagamento. Também são chamados de salário-condição”.

Desta forma, a não concessão ou concessão parcial do intervalo mínimo de 1 (uma) hora para alimentação e repouso, tipificada no § 4º do art. 71 da CLT, a qual é paga pelo empregador como hora extra, com adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal de trabalho deixou de integrar base de cálculo para as verbas trabalhistas provindas da ruptura do pacto contratual, conforme procedia nos termos do inciso III da súmula 437 do TST e passou a não mais incidir via reflexo salarial, nos termos da instituição da Lei nº 13.467/17.

Ora, se a vista de posições doutrinárias e realidade prática a remuneração sobre a hora extra possui reflexo salarial em verbas trabalhistas, aparentamos outra genuína contradição para com o dispositivo que prevê a não incidência desses reflexos salariais quando a hora extra realizada pelo empregado decorre durante o intervalo intrajornada, sendo que dessa forma vem a ser suprimido certos direitos do trabalhador, dentre eles o período destinado a repouso e alimentação, o qual lhe é de direito, nos termos do caput do art. 71 da CLT e art. 5 da Lei nº 5.889/1973, o que afeta a saúde do indivíduo, assegurada constitucionalmente.

Outra relevante modificação que acarretou a reforma trabalhista na súmula 437 foi em relação ao disposto no inciso II, pela qual a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho referente a supressão ou redução do intervalo intrajornada era inválida. No entanto, pelo o que dispõe o § 3º do art. 71 o limite mínimo de uma hora para repouso e alimentação passou a ser possibilitado de redução por ato do Ministério Público do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

Contudo, não sendo possível a supressão do limite mínimo de 30 minutos para jornadas superior a seis horas, pelo o que dispõe inciso III do art. 661 A da CLT.

No entanto, o estabelecimento desse período mínimo de 1 (uma) hora de intervalo concedido ao empregado pela CLT, se deu por resultados de estudos científicos, os quais asseguram ser essencial para sua alimentação e repouso, em preservação a saúde física e mental dos trabalhadores e em prol

da redução de acidentes de trabalho possivelmente causados pelo trabalho excessivo.

Outra manifesta contradição que se afere com relação a natureza jurídica da remuneração em geral percebida pelo empregado a título de contraprestação do serviço prestado, está na CLT:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, **as gorjetas** que receber. (gn)

A partir disso, considera-se remuneração a composição de salário e gorjeta, o que pela lógica as gorjetas deveriam se revestir de natureza salarial, já que a remuneração se blinda desse caráter, nos termos do caput do art. 15 da Lei n 8036/90 e § 2ª do art. 457 da CLT:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965 Art. 457.-

(...) omissis

§ 2o As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

Verifica-se, então, que o valor da remuneração paga reflexe em verbas trabalhistas, tais como FGTS, Férias e gratificação natalina

Pois bem, a redução parcial ou total do intervalo intrajornada suprime certos direitos do trabalhador, dentre eles o período destinado a repouso e alimentação, o qual lhe é de direito, nos termos do caput do art. 71 da CLT e art. 5 da Lei nº 5.889/1973. Entretanto, manter a hora extra no período intervalar intrajornada, como verbas indenizáveis, acarreta prejuízos não só ao trabalhador, mas também ao fisco, conforme veremos a seguir.

2.3. A INDENIZAÇÃO GERA REFLEXOS TRIBUTÁRIOS NEGATIVOS

A Lei nº 13.467/2017, pela qual se consolidou a reforma trabalhista, modificou a natureza jurídica da remuneração pelo serviço extraordinário exercido durante o período de intervalo intrajornada para natureza indenizatória. Isto é, o pagamento correspondente a supressão do intervalo

intrajornada deixou de compor a remuneração percebida pelo empregado em sede de ruptura contratual.

O abuso desse direito inerente ao empregado, nos termos do art. 71 da CLT enseja violação à norma pública, de caráter cogente, nos termos do inciso XXII do art. 7º da CF, já que a recomposição do organismo do trabalhador através da alimentação e do descanso reflete de forma pertinente na saúde e segurança do trabalhador, direitos sociais do empregado amparados constitucionalmente pelo art. 6º da CF.

Como se não bastasse um cenário de transtornos ao trabalhador, atinentes a sua saúde, física e mental e sua segurança no local de trabalho, pela não concessão de intervalo para repouso e alimentação, bem como o pagamento por esse restringimento não incidir nas verbas trabalhistas lhe devidas a partir da ruptura contratual, cabe demonstrar mais um aspecto negativo advindo dessa violação jurídica: o reflexo sobre a tributação, onde os cofres públicos passarão a recolher menos.

Como o pagamento das horas extras realizadas em decorrência do intervalo intrajornada suprimido, como verbas indenizatórias, esse valor deixa de incidir em verbas salariais, como por exemplo; INSS e imposto de renda, o que não prejudica só o trabalhador, como o Estado, visto que deixa de arrecadar capital em cima dessa importância.

Ou seja, essa problemática quanto a transposição das verbas salariais para verbas indenizatórias, no que diz respeito as horas extras em decadência ao intervalo, não afeta só o trabalhador por não receber essa quantia em reflexos salariais, mas também ao Estado, no que tange a arrecadação de impostos.

De forma que isso transcende na sociedade de maneira negativa, uma vez que essa é fruto do ofício estatal. Isso significa dizer, que provavelmente as propagações de muitos dos problemas sociais, já existentes no país, por escassez de finanças do último ano até o momento presente ocasionaram-se por força da justaposição da nova natureza jurídica da remuneração respeitante ao serviço extraordinário em sede do intervalo intrajornada.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA INDENIZAÇÃO DE HORAS EXTRAS INTRAJORNADA

A Lei nº 13.467, de 2017, responsável pela reforma trabalhista, promoveu alterações no que diz respeito ao intervalo intrajornada, sua aplicabilidade e efeitos jurídicos. Entre as modificações providas da edição da nova lei, está a revogação da Súmula 437 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como a redação do art. 74 da CLT.

O decréscimo da natureza jurídica do pagamento do serviço extraordinário executado durante jornada ausente de período de intervalo intrajornada mínimo do empregado, de natureza salarial para natureza indenizatória aparenta ser incabível, quando a restrição, seja parcial ou total do intervalo intrajornada implica na supressão de certos direitos individuais e sociais do trabalhador, amparados constitucionalmente pelo caput do art. 5º e 6º da CF.

A inconstitucionalidade do caráter indenizatório se evidencia, à vista de que, se não cumprido o intervalo o intervalo intrajornada, que foi implementado como uma estratégia para redução dos riscos inerentes ao trabalho, nos termos do inciso XXII do art. 7º da CF, estar-se-á ferindo uma norma constitucional, de ordem pública, de natureza cogente, ou seja, imperativa; já que a justificativa para existência de intervalo intrajornada é que o empregado tenha acesso a repouso e alimentação no âmbito de trabalho. Assim tratando-se de ferramentas essenciais para a manutenção da saúde, não só física como mental e segurança do empregado no plano laboral, os quais constituem direitos e garantias constitucionais para condições mínimas de trabalho.

E a violação a essas garantias asseguradas constitucionalmente ao empregado, na forma do art. 7º da CF/88 e art. 71 da CLT, mediante não concessão ou concessão parcial de tempo mínimo de repouso para o empregado, esvai-se por absoluto o caráter de norma pública e a proteção especial que o intervalo intrajornada possui.

Em sendo assim, já se verifica motivo suficiente para que o valor deste pagamento punitivo imposto ao empregador, sirva como base de cálculo para os haveres trabalhistas, a título de ressarcimento, ao empregado pelos direitos trabalhistas infringidos e a título de sanção, aos empregadores pela infração de norma pública tão incidente sobre a qualidade de vida e de trabalho do empregado, asseguradas constitucionalmente.

Outro respaldo para atestar a inconstitucionalidade de propostas de reforma trabalhista, que, indiretamente, no caso em tela, suprimem o valor de direitos trabalhistas, garantidos constitucionalmente como condições mínimas de trabalho, seria a qualificação dessas condições como direitos sociais na forma do arts. 6º e 7º da CF, classificados como cláusula pétrea, motivo pelo qual não podem ser abolidos nem reduzidos por emenda constitucional, conforme CF/88:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...) *omissis*

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais. (gn)

Estabelece o supramencionado dispositivo que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, entre outros, "os direitos e garantias individuais".

Assim ensina Jose Afonso da Silva (2016, p. 69):

O texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: 'fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado', 'fica abolido o voto direto...', ...passa a vigorar a concentração de Poderes'', ou ainda 'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o Habeas Corpus, o mandado de segurança...'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ou ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.

Nesse sentido, verifica-se que, em diversos artigos da Constituição Federal de 1988, há evidências de que atribuir caráter indenizatória à hora extra, é inconstitucional.

CONCLUSÃO

A problemática que envolveu essa pesquisa foi a de analisar a legislação pátria e verificar de que forma se podia assegurar ao trabalhador brasileiro a natureza salarial das verbas oriundas de hora extra em intervalo intrajornada, conquistado ao longo de décadas e revogado pela novel lei da reforma trabalhista nº 13.467/2017.

Os objetivos da pesquisa foram atingidos, na medida em que se analisou as normas pertinentes à matéria, tanto no âmbito constitucional como infra-constitucional, buscando demonstrar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei nº 13.467/17, que trouxe mudanças significativos, para *minus*, nos direitos dos hipossuficientes.

Verificou-se que o legislador de 2017 comete equívocos, pois mantém a natureza salarial das horas extras prestadas além da jornada, mas retira essas características das mesmas horas extras prestadas no intervalo intrajornada, ferindo princípios importantes como o da analogia e equidade. Além de se analisar a natureza jurídica do intervalo intrajornada, analisou-se, também, o aspecto social e salubridade do intervalo intrajornada, descaracterizando-lhe o caráter indenizatório.

Dessa forma, a pesquisa concluiu que a lei nº 13.467/2017, ao retirar o caráter salarial e atribuir o caráter indenizatório às verbas decorrentes das horas extras oriundas do intervalo intrajornada não usufruído em sua integralidade, feriu a constituição federal em vários artigos, além de ferir outras legislações infraconstitucionais. Dessa forma, evidencia-se a inconstitucionalidade da lei 13.467/2017 que atribuiu o caráter indenizatório das verbas decorrentes de horas extras laboradas no intervalo intrajornada.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452. Consolidação das Leis Trabalhistas.** Presidência da República, 1943. Presidência da República, Rio de Janeiro/RJ, 1943.
- BRASIL. Lei nº 5.889/1971. Estatui normas reguladoras do trabalho rural e dá outras providências.** Congresso Nacional, Brasília, 1971.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do.** Brasília, Congresso Nacional, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.036/1986. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço,** e dá outras providências
- CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho.** Atualizada de acordo com o Novo CPC Lei 13.105 de 16.03.2015. Editora Método. São Paulo. Ano 2015 (1).
- CUNHA JUNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos.** 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho.** Editora LTR80. São Paulo. LTR, 2016
- MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho – Direito Tutelar do Trabalho – v. 2.** São Paulo: LTr, 2ª edição, 1992, p. 50).
- MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho.** Editora Saraiva. Ano 2010. São Paulo. (1)
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Repertório de Conceitos Trabalhistas** ¾ v. I ¾ Direito Individual. LTr, 2000, p. 452.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 286-287.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 4. ed. atual. São Paulo: LTr, 1998. p. 13. (1)

Melhoramentos: minidicionário da língua portuguesa. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1996. p. 281.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 4. ed. atual. São Paulo: LTr, 1998.p. 13. (2)

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. p. 14.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio & VIANA, Segadas (1997). Instituições de Direito do Trabalho. 17 ed., São Paulo: LTr.