

NOTA TÉCNICA

NEA - Núcleo de Estudos e Análises

Reforma Trabalhista e seus
Impactos no Setor Hospitalar

Anahp – Associação Nacional de Hospitais Privados

São Paulo

Rua Cincinato Braga, 37 – 4º andar
São Paulo – SP
01333-011
Telefone: +55 11 3178.7444
anahp@anahp.com.br

Brasília

SH/Sul Quadra 06, Conjunto A, Bloco E - Sala 801
Edifício Business Center Park
Brasília - DF
70322-915
Telefone: +55 61 3039.8421
brasilia@anahp.com.br

INTRODUÇÃO

O objetivo desta nota técnica é tratar dos temas que foram objeto da Reforma Trabalhista e seus impactos para o setor hospitalar. Elaborada em janeiro de 2018 pelo escritório de advocacia Machado Nunes, foram consideradas as mudanças propostas após a Reforma e os questionamentos do Grupo de Trabalho Legal Regulatório da Anahp – Associação Nacional de Hospitais Privados.

Para facilitar a compreensão, a nota técnica foi estruturada em três partes - um sumário executivo, com um resumo das principais mudanças; o detalhamento de cada tema da Reforma em 16 capítulos; e, por último, um compilado de perguntas e respostas, elaborado com base nos questionamentos encaminhados pelos associados da Anahp.

A intenção da Anahp é disponibilizar um material de fácil acesso para seus associados e, na medida do possível, colaborar com a interpretação da Reforma Trabalhista. A despeito de este material contar com o apoio de advogados, recomendamos que cada um dos associados da Anahp sujeite qualquer modificação de sua estrutura e forma de contratação ao seu departamento jurídico in-

terno e dirigentes responsáveis, pois a realidade de cada instituição pode modificar a orientação acerca do tipo de estrutura que deve ser implementada.

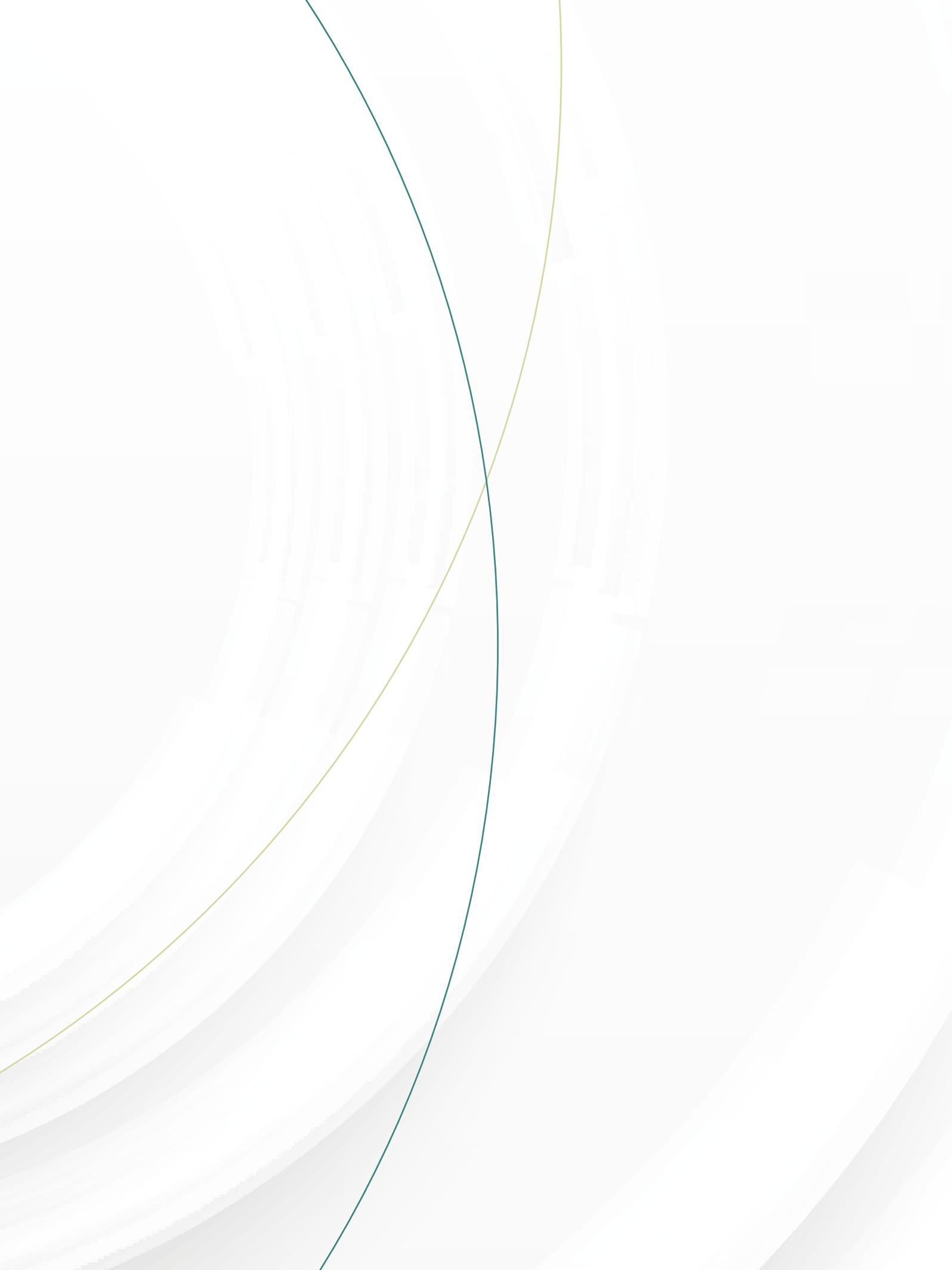
Ao modificar sua estrutura interna para adequá-la à nova legislação trabalhista, cada entidade deve ponderar quais tipos de risco está disposta a correr e quais medidas são mitigadoras desses riscos. Paralelamente, recomenda-se o acompanhamento do posicionamento dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), justamente para avaliar se as modificações implementadas estão de acordo com a visão das cortes trabalhistas.

Ao avaliar a presente nota técnica, os associados da Anahp também devem considerar que há a perspectiva de o TST adequar suas súmulas à nova realidade legal e, ainda, que a Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017 (MP nº 808/2017), que já promoveu modificações na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei nº 13.467/2017), ainda tramitará no Congresso Nacional, de modo que o texto final da Reforma Trabalhista poderá sofrer alterações.



ÍNDICE

Sumário Executivo 5	7
1. A Reforma Trabalhista e a Insegurança Jurídica	17
2. Formas de Rescisão do Contrato de Trabalho	18
3. Remuneração, Equiparação Salarial e Gratificação de Função por Cargo de Confiança	20
6. Livre Estipulação	21
5. Jornada de Trabalho, Intervalo Intrajornada, Compensação, Banco de Horas e Controles de Frequência e Horário	21
6. Jornada 12 X 36	23
7. Autônomos	24
8. Trabalho Intermitente	24
9. Férias	27
10. Afastamento de Gestantes e Lactantes de Locais Insalubres	27
11. Comissão de Empregados	28
12. Prevalência do Negociado sobre o Legislado	29
13. Contribuição Sindical	32
14. Acordo Extrajudicial	32
15. Terceirização	33
16. Perguntas Frequentes (FAQ)	35



Sumário Executivo

Formas de Rescisão do Contrato de Trabalho

▶ Antes da reforma

Quatro hipóteses de Rescisão do Contrato de Trabalho:

- (a) Sem justa causa
- (b) Com justa causa (rol taxativo do art. 483 da CLT)
- (c) Pedido de demissão feito pelo empregado
- (d) Rescisão indireta do contrato de trabalho pelo empregado

▶ Pós-reforma

À rescisão com justa causa foi acrescida mais uma hipótese: a perda de habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão em virtude de conduta dolosa (com intenção) do empregado.

Criada mais uma modalidade de rescisão de contrato de trabalho: a efetuada de comum acordo. Com a revogação do §1º, do art. 477, não existe mais a obrigatoriedade de comparecimento no Sindicato ou Delegacia do MTE.

Cautelas

Empregado deve apresentar carta de próprio punho requisitando a rescisão do contrato de trabalho por comum acordo. Explicar ao empregado que a rescisão do contrato de trabalho por comum acordo não dá direito ao seguro desemprego.

O empregado receberá apenas metade do aviso prévio, se indenizado, a multa do FGTS será de 20%.

O empregado terá direito a levantar 80% do valor dos depósitos do FGTS. Quanto à não homologação da rescisão, ainda que não haja mais obrigatoriedade legal, é preciso consultar a convenção da categoria, para se certificar quanto à ausência de obrigatoriedade. Para que não se alegue alguma nulidade, é interessante verificar a possibilidade de homologação perante órgão de classe.

Homologação da Rescisão de Contrato de Trabalho

▶ Antes da reforma

Empregados com mais de um ano de contrato de trabalho tinham que ter a rescisão homologada em sindicato ou no Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE).

▶ Pós-reforma

Com a Reforma Trabalhista, foi revogado o §1º, do art. 477, não persistindo, portanto, a obrigatoriedade de comparecimento no Sindicato ou Delegacia do MTE para homologação da rescisão.

Quanto à não homologação da rescisão, ainda que não haja mais obrigatoriedade legal, é preciso consultar a convenção da categoria, para se certificar quanto à ausência de obrigatoriedade.

Para que não se alegue alguma nulidade, é interessante verificar a possibilidade de homologação perante órgão de classe.

Prazo para pagamento de Verbas Rescisórias

▶ Antes da reforma

Dois prazos para pagamento das verbas rescisórias.

▶ Pós-reforma

Instituiu prazo único para pagamento da verba rescisória: 10 dias, contados do término do contrato.

Dispensa Coletiva e Autorização de Entidade Sindical

▶ Antes da reforma

As turmas do TST firmaram entendimento de que a dispensa coletiva deve ser, necessariamente, precedida de negociação com o sindicato dos empregados

▶ Pós-reforma

Dispensa a autorização prévia da entidade sindical.

Cautela

Muitas instituições têm sido questionadas quanto às demissões coletivas sem envolvimento do sindicato dos empregados.

Recomenda-se que seja avaliado o impacto social e econômico para cada caso.

Remuneração

▶ Antes da reforma

Ajuda de custo e diárias para viagem integravam o salário quando o valor ultrapassava 50% do salário do empregado. (Súmula TST 101).

▶ Pós-reforma

Os valores pagos a título de ajuda de custo e diárias para viagens, o auxílio alimentação (vedado seu pagamento em dinheiro) e os prêmios não integram salário.

Cautelas

Ajuda de custo e diárias de viagens devem ser concedidas em adequação às atividades desenvolvidas pelos empregados e às necessidades da empresa.

Prêmio

► Antes da reforma

Não havia definição legal de prêmio. A jurisprudência construiu entendimento vinculando a concessão do prêmio ao atingimento de índices individuais de produtividade, qualidade ou lucratividade.

► Pós-reforma

Além de excluir o prêmio do salário, a Reforma Trabalhista trouxe a definição legal do conceito, qual seja: “as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados (...) em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.”

Cautelas

Instituir política de prêmios que garanta a comprovação do desempenho individual do empregado.

Limitar a concessão de prêmio a duas vezes por ano.

Equiparação Salarial

► Antes da reforma

Equiparação salarial era reconhecida para empregados localizados na mesma localidade e cuja diferença de tempo de serviço não fosse superior a 2 anos.

► Pós-reforma

Equiparação salarial vinculada ao estabelecimento ao qual o empregado está vinculado, não mais à mesma localidade. Para que não seja devida a equiparação, a diferença de tempo de serviço para o paradigma deve ser superior a 4 anos, e de tempo de função superior a 2 anos.

Gratificação de Função - permanência

► Antes da reforma

Entendimento do TST de que a gratificação de função, se recebida pelo empregado por mais de 10 anos incorporava o salário do empregado, mesmo que retorne ao cargo “anterior”.

► Pós-reforma

A Reforma Trabalhista autoriza a exclusão da gratificação de função.

Livre Estipulação do Contrato de Trabalho

▶ Antes da reforma

Jurisprudência firmou entendimento de que essa negociação deveria ocorrer por acordo e/ou convenção coletiva.

▶ Pós-reforma

Para os empregados com diploma superior e que recebem salário mensal igual ou superior a 2 vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (atualmente, o equivalente a R\$ 11.062,62), é autorizada a negociação de certas condições, as mesmas hipóteses indicadas no item 12 desta nota.

Intervalo

▶ Antes da reforma

Intervalo intrajornada tinha que ter a duração de, ao menos, 1 hora (jornadas acima de 6 horas). A concessão de intervalo intrajornada inferior, independentemente do período suprimido, implicava no pagamento integral da hora com acréscimo de adicional.

▶ Pós-reforma

Possibilita a redução do intervalo de 1 hora para 30 minutos, desde que previsto em Acordo e/ou Convenção Coletiva.

Cautela

Ao reduzir o intervalo concedido, é necessário avaliar o tipo de atividade desenvolvida e as pausas demandadas, seja para garantir a segurança do empregado, ou para garantir a segurança do próprio paciente assistido.

Banco de Horas

▶ Antes da reforma

O banco de horas dependia de acordo e/ou convenção coletiva. As horas remanescentes deviam ser compensadas em, no máximo, 1 ano. O limite de horas trabalhadas por dia era de 10 horas.

▶ Pós-reforma

Manteve a regra do banco de horas anual anteriormente previsto na CLT, que pode ser realizado por Acordo e/ou Convenção Coletiva.

Criou o banco de horas semestral, permitindo a compensação em até 6 meses. Para essa categoria de banco de horas semestral é permitido o Acordo Individual, acordo e/ou convenção coletiva.

Compensação

▶ Antes da reforma

Era permitida a compensação na categoria semanal. Amplamente aplicada para que o empregado não trabalhasse aos sábados.

▶ Pós-reforma

Permitiu a compensação mensal, possibilitando o trabalho aos sábados de forma alternada.

Licença para prorrogação de jornada em atividades insalubres

▶ Antes da reforma

A CLT exigia que as prorrogações de jornadas em atividades insalubres fossem efetuadas após licença das “autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho”.

▶ Pós-reforma

Excetuou a necessidade de licença prévia para empregados que laboram na jornada 12X36, bem como nas hipóteses em que houver acordo ou convenção coletiva.

Jornada 12 X 36

▶ Antes da reforma

Não havia previsão legal. O TST editou a Súmula 444 que concluiu pela legalidade desse tipo de jornada, desde que firmado por acordo e/ou convenção coletiva, assegurando, ainda, a remuneração em dobro nos feriados.

▶ Pós-reforma

A “nova” CLT dispôs expressamente sobre a jornada 12X36, que deve ser estipulada por acordo e/ou convenção coletiva, com exceção do setor da saúde, que pode instituí-la por acordo individual. Previu, ainda, a desoneração ao empregador de pagar em dobro pela jornada aos domingos e feriados, incluindo o adicional noturno.

Cautela

a MP nº 808/2017 trouxe modificações significativas à jornada 12X36. Há argumentos fortes à manutenção de entendimento sedimentado pelo TST pelo pagamento da remuneração em dobro nos feriados.

Trabalhador Autônomo

▶ Antes da reforma

Não havia previsão legal.

▶ Pós-reforma

Possibilidade de contratação de autônomo sem configurar vínculo empregatício, sendo vedada a exclusividade.

Cautela

No relacionamento com o autônomo, as entidades devem garantir que não sejam preenchidos os requisitos da relação de emprego (pessoa física, pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade). O tema foi modificado pela MP nº 808/2017 e está sujeito a modificações pelo Congresso Nacional.

Trabalhador Autônomo

► Antes da reforma

Não havia previsão legal.

► Pós-reforma

Possibilidade celebração de contrato de trabalho intermitente, caracterizado como prestação de serviços, pelo empregado, com subordinação, de forma não contínua, com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade.

Cautela

Há grandes chances de esse tipo de contrato de trabalho ser considerado ilegal pelas cortes trabalhistas. Para evitar o pagamento do período de inatividade, recomenda-se que as instituições hospitalares respeitem os intervalos interjornadas, intrajornadas e a jornada máxima de 8 horas diárias e 44 semanais. Na medida do possível, esses trabalhadores devem ser contratados para um período único durante aquele dia, evitando, assim, a caracterização do período de inatividade como “tempo à disposição”.

Férias

► Antes da reforma

A “antiga” CLT dispunha que apenas em casos excepcionais as férias podiam ser concedidas em 2 períodos, sendo que um deles não poderia ser inferior a 10 dias corridos.

► Pós-reforma

Se houver concordância do empregado, as férias poderão ser em até 3 períodos, sendo um deles de, ao menos, 14 dias.

Ficou vedado o início de férias no período de 2 dias que antecedem o feriado.

Afastamento de Gestantes e Lactantes de Locais Insalubres

▶ Antes da reforma

Gestante e lactante deveriam ser afastadas de atividades em locais insalubres.

▶ Pós-reforma

A Reforma excluiu o afastamento imediato de lactante de atividades Insalubres, que deverá ser afastada se apresentar atestado emitido por médico de confiança da empregada lactante.

A gestante que atua em local insalubre em seu grau máximo devem, obrigatoriamente, ser afastada. Para os demais casos, a gestante poderá continuar trabalhando desde que apresente, voluntariamente, atestado de médico de sua confiança.

Comissão de Empregados

▶ Antes da reforma

Sem previsão legal.

▶ Pós-reforma

Determinou que as empresas com mais de 200 empregados devem assegurar a constituição de Comissão de Representantes de Empregados.

Prevalência do Negociado sobre o Legislado

▶ Antes da reforma

Sem previsão legal.

▶ Pós-reforma

Previsão de que determinados temas podem ser negociados em acordo e/ou convenção coletiva.

A redução de jornada ou salário deve ser precedida de negociação específica, com proteção ao empregado contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento.

Contribuição Sindical

▶ Antes da reforma

Obrigava que todas as entidades pagassem contribuição sindical.

▶ Pós-reforma

Prevê que contribuição é devida aos sindicatos pelos participantes.

Cautela

As instituições devem avaliar se os acordos e/ou convenções coletivas vigentes preveem a obrigatoriedade de pagamento de contribuições.

Há entendimento do STF, com fundamento na Constituição Federal, de que a contribuição sindical tem natureza tributária. Assim, para muitos juristas essa contribuição só poderia ser excluída por lei complementar.

Acordo Extrajudicial

▶ Antes da reforma

Sem previsão legal.

▶ Pós-reforma

Previu a possibilidade de as partes firmarem acordo extrajudicial, que poderá ser homologado pela Justiça do Trabalho.

Terceirização

▶ Antes da reforma

Súmula 331
Vedação à terceirização da atividade-fim.

▶ Pós-reforma

Autoriza a terceirização de qualquer atividade, desde que não sejam preenchidos os requisitos da relação de emprego (pessoa física, personalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade). Não está autorizada a pejetização.

1

A Reforma Trabalhista e a Insegurança Jurídica

Não é incomum escutarmos por aí que a Reforma Trabalhista era extremamente necessária ao país, pois a Consolidação da Lei dos Trabalhos (“CLT”), instituída pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1.942, foi editada para uma realidade muito diversa da atual.

Historicamente, na década de 1940, mais de 60% da população brasileira era rural e, grande parte, analfabeta. A despeito de ter sofrido inúmeras modificações ao longo dos seus 65 anos de vigência, a interpretação que a Justiça do Trabalho para alguns dispositivos legais causava grande insegurança jurídica aos empregadores.

Não por menos a Lei nº 13.467/2017, que instituiu a referida reforma, trouxe diversos recados às cortes trabalhistas, seja no que se refere à edição de súmulas, que não poderão mais “criar obrigações que não estejam previstas em lei”, seja no que se refere à responsabilização de ex-sócios pelos débitos trabalhistas da sociedade, limitadas agora ao período em que a pessoa figurou como sócio.

A despeito de ter esclarecido muitos pontos, a Lei nº 13.467/2017 tem diversos dispositivos que estão sendo contestados no Supremo Tribunal Federal e em outros meios, especialmente os relacionados ao trabalho intermitente, e trouxe uma série de novos questionamentos, como, por exemplo, a respeito da gratuidade da justiça, da natureza tributária da contribuição sindical, da compensação de horas por banco de horas por meio de acordo individual, dentre outros.

A presidência do TST divulgou que, até o final de fevereiro de 2018, as súmulas da corte trabalhista que tratam de matérias modificadas pela Reforma Trabalhista serão revistas. Nesse sentido, vale destacar que existe sessão designada para o início do ano, a fim de discutir temas que abrangem tópicos como custas processuais, preposto, revelia, seguro-desemprego, horas in itinere, férias, diárias e intervalo intrajornada, entre outros.

A despeito da intenção do TST, não podemos deixar de mencionar que a Reforma Trabalhista também implementou mudanças na forma de o TST editar súmulas. Pelo novo texto normativo (alínea “f” do Inciso I do Art. 702), a edição ou alteração de súmulas pode ser feita apenas para os casos em que a matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, ao menos, dois terços das turmas, em dez sessões diferentes em cada uma delas.

Diante deste cenário, vislumbra-se a possibilidade de o TST ter que aguardar o processamento de processos judiciais em mais de 5 turmas para, efetivamente, editar ou revisar súmulas. Assim, até mesmo a viabilidade de o TST revisar imediatamente as suas súmulas, mesmo as que abordem temas objeto da Reforma Trabalhista, é questionável.

Há de se considerar, ainda, que a MP nº 808/2017 ainda tramitará no Congresso Nacional e poderá ou não ser convertida em lei. Assim, temas como (a) jornada 12 X 36; (b) danos extrapatrimoniais; (c) afastamento de gestante e lactante de local insalubre; (d) contratação de autônomo; (e) contrato intermitente e (f) aplicação das novas disposições legais aos contratos de trabalho vigentes, dentre outros, poderão sofrer modificações em curto espaço de tempo.

Não podemos deixar de mencionar que, dentre todos, o que mais contribui para a insegurança jurídica é o que trata da aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalhos vigente. Ao editar a MP nº 808/2017, o Poder Executivo tentou afastar esta dúvida ao prever, de forma expressa, que a Lei nº 13.467/2017 é aplicável em sua integralidade para os contratos de trabalho vigentes. Afinal, haverá aplicação de lei nova a situação contratual já em curso? Os contratos de trabalhos em curso deverão ser adotados? Se sim, em quais aspectos?

Primeiramente, deve-se considerar o disposto no artigo 468 da CLT, que veda (a) alteração unilateral do contrato de trabalho; e (b) alteração de contrato de trabalho que configure prejuízo ao trabalhador. Assim, cada entidade deve avaliar quais dispositivos dos contratos de trabalho vigentes que pretende modificar e se essa modificação poderá ou não ser prejudicial ao empregado.

Também devem ser analisadas as convenções e acordos coletivos mantidos, especialmente quanto a sua vigência, pois como será indicado no tópico 12, a “nova” CLT trouxe a possibilidade de prevalência do “negociado sobre o legislado”, em relação a certas matérias. Assim, caso as convenções e acordos coletivos mantidos pela entidade confirmem benefícios aos empregados, deve-se ponderar a adequação dos contratos de trabalho a essas tratativas coletivas, pois querendo ou não, ganharam maior peso.

Aspectos mais controvertidos da reforma trabalhista

- Aplicação da “nova” CLT aos contratos de trabalho vigentes
- Contrato de Trabalho Intermitente
- Revisão de súmulas pelo TST

Cautela: A conversão da MP nº 808/2017, que alterou diversos pontos da CLT, tramita no Congresso Nacional e ainda pode sofrer modificações.

2 Formas de Rescisão do Contrato de Trabalho

Antes da Reforma Trabalhista, a CLT trazia apenas 4 formas de término do contrato de trabalho, elencando 12 motivos à rescisão por justa causa. A Lei nº 13.467/2017, além de acrescentar mais uma hipótese à dispensa por justa causa, adicionou ao ordenamento jurídico a rescisão por acordo entre as partes.

Neste tópico, apresentaremos um breve resumo de cada uma das modalidades de rescisão de contrato de trabalho vigentes, destacando as suas especificações, ao final, apresentando alguns comentários sobre as modificações da Reforma Trabalhista, no tocante às alterações para pagamentos e formas de extinção do contrato de trabalho.

Dispensa sem Justa Causa por Iniciativa do Empregador:

A dispensa sem justa causa de empregado pode ocorrer nas hipóteses em que este não esteja gozando de estabilidade prevista em lei ou em acordos ou convenções coletivas.

Pedido de Demissão pelo Empregado:

Consiste na manifestação de vontade do empregado em extinguir o contrato de trabalho. Nesse caso, o empregador deve pedir ao empregado que apresente carta de demissão lavrada de próprio punho. O empregado não terá direito ao valor de multa sobre o FGTS e seguro de desemprego, de modo que o aviso prévio poderá ser trabalhado ou descontado do valor da rescisão.

Dispensa do Empregado com Justa Causa (rol taxativo previsto no artigo 482 da CLT):

A dispensa por justa causa só pode ser aplicada nas 13 hipóteses elencadas no artigo 482 da CLT. A última hipótese foi incluída pela reforma trabalhista e é bem pertinente para o setor da saúde: o empregado poderá ser dispensado por justa causa se perder a habilitação ou os requisitos

estabelecidos em lei para o exercício da profissão, desde que tal perda decorra de conduta dolosa do empregado.

Ressalvados os casos graves devidamente tipificados no rol taxativo do artigo 482 da CLT, a dispensa com justa causa sempre deve ser precedida da avaliação de medidas disciplinares com punições gradativas, de acordo com a gravidade do ato cometido.

Rescisão Indireta do Contrato de Trabalho pelo Empregado (ou justa causa do Empregador) (rol taxativo previsto no artigo 483 da CLT):

Trata-se da justa causa patronal aplicável às situações em que o empregado pratica falta grave o suficiente para impedir a continuidade do contrato de trabalho, de acordo com o rol taxativo previsto no artigo 483 da CLT.

Rescisão por Comum Acordo entre Empregado e Empregador (artigo 484-A da CLT):

A extinção de contrato de trabalho por comum acordo foi introduzida pela Lei nº 13.467/2017, ao acrescentar o artigo 484-A à CLT.

Nessa modalidade de rescisão contratual, o empregado não terá direito ao seguro de desemprego, mas fará jus à metade do aviso prévio, se indenizado, bem como à metade da multa devida pelo empregador, calculada sobre o saldo remanescente do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (“FGTS”), que, de 40%, passa, nesta hipótese, a ser de 20%.

Para comprovar a vontade do empregado de promover o término do contrato de trabalho, o mais adequado é que os empregadores requisitem ao empregado que redija carta de próprio punho, solicitando a extinção do contrato de trabalho por comum acordo, nos termos do artigo 484-A da CLT.

Temos visto muitos pedidos de esclarecimentos ao empregador sobre as formas de rescisão de contrato de trabalho. Em muitos casos, a despeito de o empregado deixar evidente sua intenção de ser dispensado sem justa causa, os empregadores acabam propondo um acordo de término da relação contratual.

Recomendamos que as entidades instituem procedimentos escritos com o passo a passo e os critérios a serem utilizados para cada modalidade de rescisão, justamente para não abrir margem a uma futura reclamação trabalhista pleiteando as indenizações não pagas, inclusive o seguro desemprego de forma indenizada.

No que se refere à homologação da rescisão contratual, antes da Reforma Trabalhista, todo e qualquer empregado com mais de 1 ano de empresa tinha que ter a assistência de sindicato ou do Ministério do Trabalho e Emprego (“MTE”), nos moldes do §1º do artigo 477 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970.

A Reforma Trabalhista revogou o §1º do artigo 477 da CLT, de modo que a homologação perante sindicato ou o MTE deixou de ser obrigatória, independentemente do tempo de serviço do empregado. Assim, a anotação de baixa na CTPS tornou-se documento hábil para levantamento de FGTS e seguro desemprego (§10 do artigo 477 da CLT).

As empresas devem manter todas as cautelas inerentes a qualquer rescisão de contrato de trabalho e redobrar os cuidados para explicar todas as verbas rescisórias pagas ao empregado, instruindo o procedimento com todos os documentos pertinentes, justamente para reduzir as chances de pleito judicial por nulidade na modalidade de rescisão do contrato de trabalho.

A Reforma Trabalhista também introduziu modificações no prazo para pagamento de verbas rescisórias. Antes da reforma, essas verbas deveriam ser pagas da seguinte forma:

- a) até o 1º dia útil imediato ao término do contrato;
- b) até o 10º dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

Com a Reforma Trabalhista, felizmente, os prazos para pagamento de verbas rescisórias foram unificados, independentemente do tipo de rescisão, de modo que devem ser

pagas no prazo de 10 dias, a partir do término do contrato para todos os casos (§6º do artigo 477, §6º da CLT).

Por oportuno, trazemos para discussão a dispensa coletiva de empregados e a obrigatoriedade de homologação do sindicato. Tal discussão deve-se ao fato de a Lei nº 13.467/2017 ter introduzido o artigo 477-A na CLT, que equiparou as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas para todos os fins, dispensando a necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Entretanto, temos visto diversas decisões defendendo a inconstitucionalidade do referido dispositivo, sob o argumento de que dispensas coletivas ocasionam prejuízos diretos e imediatos não apenas para os empregados dispensados, mas para toda a coletividade e sociedade. Defende-se que a medida gera desequilíbrio econômico e de mercado, pois reduz de forma abrupta o poder aquisitivo de um grande grupo de famílias dos trabalhadores dispensados, reduzindo o poder de compra e o consumo de uma coletividade que, geralmente, é de uma mesma localidade. Considera-se, ainda, que esse tipo de dispensa dificulta a recolocação dos trabalhadores dispensados já que o mercado de trabalho não teria vagas disponíveis suficientes para todos eles.

Por esses motivos, em situações desse tipo, remanesceria a competência de os sindicatos atuarem na defesa dos interesses da categoria profissional. Tais posicionamentos baseiam-se no artigo 8º, III da Constituição Federal, que dispõe: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Todavia, em recente decisão monocrática, o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, entendeu que o precedente jurisprudencial que obrigava a participação dos sindicatos encontra-se superado, à luz da jurisprudência atual do TST e da Lei 13.467/17.

A despeito do posicionamento favorável do Presidente do TST, temos visto muitas decisões contrárias a essa autorização. Diante desse cenário, ainda que a legislação trabalhista “antiga” não contivesse previsão de dispensa coletiva, recomenda-se que a adoção da medida em envolvimento do sindicato seja precedida de uma análise prévia do impacto social e econômico.

3

Remuneração, Equiparação Salarial e Gratificação de Função por Cargo de Confiança

Objeto de muitos debates na esfera trabalhista, a remuneração dos empregados não saiu ileso na Reforma Trabalhista e sofreu modificações relevantes com a edição da MP nº 808/2017. A discussão não é recente, pois durante muitos anos as cortes trabalhistas promoveram amplo debate acerca de quais verbas seriam ou não classificadas como remuneração.

Até a edição da Lei nº 13.467/2017, as verbas para auxílio com alimentação, diárias de viagens, prêmios e abonos poderiam ser classificadas como verbas salariais. As diárias de viagens, por exemplo, poderiam integrar o salário do trabalhador se excedessem 50% do seu valor (§2º do artigo 457 da CLT).

Na Reforma Trabalhista, fica evidente a intenção do legislador de definir como salário apenas a importância fixa estipulada, as gratificações legais e de função e as comissões pagas pelo empregador. Pelo disposto no §2º do artigo 457 da CLT, com a redação dada pela MP nº 808/2017, estariam excluídos do conceito de salário as seguintes verbas:

- a) Os valores pagos a título de ajuda de custo, desde que limitado a 50% da remuneração mensal do empregado;
- b) O auxílio alimentação, sendo vedado seu pagamento em dinheiro;
- c) As diárias de viagem;
- d) Os prêmios.

Se mantida a redação da MP nº 808/2017, as verbas acima elencadas, desde que devidamente comprovada a natureza do pagamento, não integrarão a remuneração do empregado e também não se incorporarão ao contrato de trabalho, tampouco servirão como base de cálculo de incidência de encargos trabalhistas e previdenciários.

Temos dúvidas quanto à aceitação, pelo judiciário, de pagamento de ajuda de custo pelo empregador de forma sistemática e sem critérios claros, mesmo que limitado ao percentual de 50% indicado pela nova norma. Afinal, o conceito de remuneração pressupõe justamente o pagamento de uma “importância fixa estipulada”. Assim,

recomenda-se que os empregadores avaliem caso a caso a concessão dessa ajuda de custo e verifiquem se, efetivamente, são adequadas às atividades desenvolvidas pelos empregados e às necessidades da empresa, instituindo política própria de gestão das verbas devidas a título de ajuda de custo.

Modificação bastante positiva trazida pela Lei nº 13.467/2017 foi a definição do conceito de prêmio como “as liberalidades concedidas pelo empregador, até duas vezes ao ano, em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados (...) em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.” (§22º do artigo 457 da CLT).

Por outro lado, o abono, construído por acordos sindicais ao longo do tempo, entendido como valor pago pelo empregador em virtude de acordo coletivo ou convenção coletiva, independentemente do atingimento de metas, não foi definido pela Reforma Trabalhista. Com as restrições trazidas ao “ativismo judicial”, entendemos que as entidades praticantes deste tipo de benefício, muito usual em entidades filantrópicas, devem avaliar com cautela a construção jurisprudencial acerca do tema a fim de, futuramente, não se ver obrigada a pagar uma série de valores adicionais.

No que se refere à equiparação salarial, o legislador também trouxe modificações relevantes, que vincularam os parâmetros de equiparação ao estabelecimento empresarial. Antes da Reforma Trabalhista, o critério da equiparação se dava pela localidade, interpretada pelo TST em muitas situações como sendo o Município.

Quanto à diferença salarial, foi ampliado de 2 para 4 anos a diferença de tempo de serviço entre paradigma e empregado, mantendo-se o limite de diferença de tempo na função de 2 anos.

Foi autorizada a criação de plano de cargos e salários, cuja promoção pode se dar pelo critério de merecimento ou por antiguidade, dispensada qualquer forma de

homologação, hipóteses em que não se caracterizará a equiparação salarial.

Outro ponto também trazido pela reforma é a possibilidade do empregado que exerceu cargo de confiança, quando cessada essa condição, voltar a exercer a mesma atividade que praticava anteriormente, mesmo que ultrapassado mais de 10 anos.

Antes da reforma, não se considerava alteração unilateral do contrato de trabalho a determinação do empregador para que o respectivo empregado voltasse ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança, desde que essa determinação não resultasse direta ou indiretamente em prejuízos ao em-

pregado (caput e parágrafo único do artigo 468 da CLT).

Com o novo texto aprovado, a alteração com ou sem justo motivo não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função (§2º do artigo 468 da CLT).

Portanto, a partir da Reforma, o empregado que deixar de exercer o cargo de confiança, poderá ter suprimido o pagamento da gratificação de função, devendo tal verba estar devidamente destacada em folha para que se possa identificar o valor de gratificação pago.

4

Livre Estipulação

Antes da reforma trabalhista, as relações contratuais de trabalho poderiam ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contraviesse às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos aplicáveis e às decisões das autoridades competentes (artigo 444 da CLT).

Com a reforma, houve a inclusão do parágrafo único ao artigo 444 da CLT para prever que, nas hipóteses pre-

vistas no artigo 611-A da CLT (livre negociação com os sindicatos), a mesma eficácia legal da livre estipulação das condições contratuais negociadas deve ser observada pelos empregados portadores de diploma de nível superior e que recebam salário mensal igual ou superior a 2 vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (atualmente, o equivalente a R\$ 11.062,62).

5

Jornada de Trabalho, Intervalo Intrajornada, Compensação, Banco de Horas e Controles de Frequência e Horário

Com o texto aprovado da Reforma Trabalhista, a jornada de trabalho legal continua com, no máximo, 44 horas semanais e 8 horas diárias. Todavia, em relação ao intervalo intrajornada, o texto trouxe a possibilidade de negociação do período de intervalo de 1 hora para o período de, no mínimo, 30 minutos, desde que previsto em acordo e convenção coletiva (Inciso III do artigo 611-A da CLT).

A Súmula 437 do TST, editada antes da Reforma Trabalhista, previa a obrigatoriedade de o empregador efetuar o pagamento, como jornada extraordinária e, portanto, com adicional de no mínimo 50%, do total do período correspondente ao intervalo, independentemente do período que tenha sido ou não usufruído pelo empregado. A redação atual da CLT prevê que o valor devido a

título de jornada extraordinária corresponderá apenas ao período não usufruído.

Modificação que certamente dará margem a muita discussão nas cortes trabalhistas é a que exclui as regras de duração do trabalho e intervalos da categoria de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

A despeito da intenção do legislador de dar maior flexibilidade ao intervalo intrajornada, entendemos que há chances de esses dispositivos serem declarados inconstitucionais, tendo em vista a previsão constitucional (Inciso XXIII do artigo 7º), garantindo a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Assim, comprovada que a redução do intervalo intrajornada trouxe insegurança às atividades desenvolvidas pelo empregado, há grandes chances de o Judiciário afastar a norma na versão aprovada pela Reforma Trabalhista.

Diante disso, cabe a cada entidade avaliar quais atividades demandam pausas mais extensas para garantir a segurança do empregado e, igualmente, àqueles atendidos na assistência à saúde e ponderar se será ou não adequado reduzir o intervalo intrajornada. Reiteramos, de todo modo, que essa redução deve ser acordada em acordo individual ou convenção coletiva, para ser considerada válida.

Como dito, a reforma trabalhista manteve a jornada de trabalho diária de 8 horas e 44 horas semanais, sendo aplicável às horas que ultrapassarem esse limite, acréscimo de no mínimo 50%. Antes mesmo da reforma trabalhista, admitia-se a adoção de jornadas diferenciadas aos trabalhadores. Além das jornadas especiais, por exemplo a 12X36, o acordo e/ou convenção coletiva poderia autorizar a implementação de sistema de compensação de horas pela adoção de banco de horas.

Pela sistemática do banco de horas, as horas extraordinárias são compensadas durante o período pré-estabelecido, sendo certo que, ao final deste período, eventual saldo remanescente é pago com o devido acréscimo legal ao empregado.

Foi mantida, portanto, a lógica do banco de horas amplamente adotado. A grande diferença é que, além do banco de horas com a possibilidade anual, formalizado através de negociação coletiva (acordo ou convenção coletiva), foram introduzidas mais duas categorias: “compensação mensal” e “banco de horas semestral”.

A compensação de horas mensais é mais flexível e pode ser firmada por acordo individual escrito ou tácito (verbal) (§6º do artigo 59 da CLT). A despeito da intenção do legislador de reduzir as formalidades nas relações trabalhistas, recomenda-se que os empregadores fir-

mem acordos individuais escritos de compensação de jornada, mesmo que ocorra no mesmo mês. O objetivo é reduzir as chances de ter que comprovar que a compensação praticada efetivamente foi acordada entre as partes, ainda que apenas verbalmente.

O banco de horas semestral também poderá ser firmado por acordo individual escrito (não é aceito o tácito), acordo e/ou convenção coletiva, desde que o excesso de horas de um dia seja compensado pela correspondente diminuição em outro dia. No período máximo de 6 meses, contudo, esse banco de horas deve respeitar sempre o descanso semanal obrigatório de 24 horas e a jornada máxima diária, que não pode ultrapassar mais do que 2 horas.

Para o banco de horas anual, aplica-se a mesma lógica do banco de horas semestral, apenas ampliando-se o período de compensação.

Quanto à possibilidade de adoção de banco de horas por acordo individual de compensação de horas, existem questionamentos sobre a constitucionalidade da medida, já que o inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal prevê a possibilidade de compensação de horários “mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”, sendo que, por “acordo”, pode-se interpretar, acordo individual ou coletivo ou, ainda, somente como acordo coletivo e, nessa hipótese, o texto trazido pela reforma seria inconstitucional. Como a referida discussão já estava sendo travada no judiciário, aconselhamos, sempre que possível, realizar o banco de horas através de negociação coletiva, e, na impossibilidade, que exista política e regras claras do regime adotado, dando total transparência ao mecanismo de banco de horas praticado pela entidade hospitalar.

Outra novidade diz respeito à impossibilidade de repetição do pagamento das horas extras diárias, quando não ultrapassada a duração máxima semanal, ainda que por acordo tácito, hipótese em que será devido apenas o adicional de horas extras (art. 59-B, caput, da CLT).

Por outro lado, a prestação de horas extras habituais não descaracterizará o acordo de compensação e o banco de horas (art. 59-B da CLT), disposição legal que certamente demandará a revisão da Súmula 85 do TST que dispõe o oposto.

Novidade bem relevante ao setor da saúde diz respeito à realização de horas extras em atividades insalubres. Em regra, por força do disposto no artigo 60 da CLT, as prorrogações de jornadas em atividades insalubres só poderiam ser efetuadas após licença prévia “das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho”. Na prática, essas licenças nunca foram requisitadas.

A Lei nº 13.467/2017 exceção a necessidade de licença prévia para os empregados que laboram em jornada 12x36 e, ainda, trouxe a possibilidade de negociação coletiva autorizando a dispensa dessa licença prévia. A MP nº 808/2017 também previu a possibilidade de negociação coletiva sobre o tema, na redação dada ao inciso XII do artigo 611-A da CLT.

Também cumpre tratar, neste material, da criação da figura do teletrabalho. A atividade foi incluída no rol de exceções ao controle de jornada, conforme indicado no inciso III do artigo 62 da CLT. Afastada, portanto, a necessidade de controle de jornada do empregado que

trabalha à distância, observando-se, porém que, para que seja configurada a exceção prevista no artigo 62, em todos os casos (cargo de confiança, trabalho externo e teletrabalho) há que ser comprovada a inexistência de qualquer tipo de controle de jornada.

Esclarecemos, por fim, que a obrigação de manter controle de frequência para todas as entidades hospitalares que tiverem mais de 10 empregados não foi revogada, razão pela qual aconselhamos a manutenção e observação dos controles de jornada, as políticas de compensação e prorrogação de horas, a fim de dar o fiel cumprimento à legislação trabalhista.

6 Jornada 12 X 36

Até a edição da Lei nº 13.467/2017, a jornada 12X36 não estava prevista na CLT e passou a ser adotada, ao longo do tempo por acordos e convenções coletivas, em virtude das especificidades do setor da saúde e da vigilância. A ausência de previsão legal trouxe diversos debates acerca da validade dessa jornada, principalmente pelo fato de ultrapassar o limite de 10 horas diárias permitidos pela CLT (Artigo 59).

Em 2012, contudo, o TST finalmente pacificou a discussão acerca da validade da jornada 12X36, ao editar a Súmula 444, com o seguinte teor:

Súmula 444 - Jornada de trabalho. Norma coletiva. Lei. Escala de 12 por 36. Validade

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

Como é possível notar, o TST autorizou a jornada 12X36, desde que (a) prevista em acordo ou convenção coletiva e (b) mantida a remuneração em dobro dos feriados trabalhados.

A Lei nº 13.467/2017, por sua vez, autorizou a jornada 12X36 por acordo individual, acordo coletivo ou convenção coletiva e excluiu a obrigatoriedade de o empregador pagar em dobro pela jornada em feriado ou em domingos, bem como pagar pelo adicional por trabalho noturno.

A MP nº 808/2017, entretanto, alterou a redação do artigo 59-A, passando a limitar essa autorização da jornada 12X36 apenas ao setor da saúde, liberando assim referida categoria a instituir a jornada 12X36 por acordo individual, mantendo a desoneração ao empregador de pagar em dobro pela jornada aos domingos e feriados, incluído o adicional noturno, tal qual já havia sido previsto na Lei nº 13.467/2017.

Muitos doutrinadores têm criticado a exclusão dos adicionais devidos aos empregados que trabalham na jornada 12X36 pois, ainda que em jornada diferenciada, deveriam gozar dos mesmos direitos que os demais empregados, especialmente ao que se refere ao adicional noturno.

Como informado em outros tópicos desta nota técnica, a MP nº 808/2017 ainda tramitará no Congresso Nacional e poderá ou não ser convertida em lei, sendo que é bem possível que os legisladores proponham modificação do dispositivo para entendimento mais próximo à Súmula 444 do TST.

Os argumentos desfavoráveis à exclusão desses adicionais são fundamentados no Artigo 7º da Constituição Federal, que traz como direito social do trabalhador a “remuneração do trabalho noturno, superior à do diurno”. Assim, são fortes os argumentos para manutenção do entendimento já sedimentado no TST, antes mesmo da Reforma Trabalhista, de modo que cada entidade deve avaliar as implicações imediatas da exclusão do pagamento desses adicionais, especialmente se indicados em contrato de trabalho, acordo coletivo ou convenção coletiva.

7

Autônomos

A CLT não trazia dispositivo que tratasse do autônomo. O artigo 442-B da CLT foi introduzido pela Lei nº 13.457/2017 e modificado pela MP nº 808/2017 para, dentre outras medidas, excluir a possibilidade de o autônomo desenvolver suas atividades sob regime de exclusividade.

Na redação atual do dispositivo, fica evidente que, para que a relação com o autônomo não caracterize relação de emprego, a contratação não poderá, na prática, preencher todos os requisitos da relação de emprego (pessoa física, pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade).

Assim, é expressamente garantido que o autônomo preste serviços a outros tomadores, além de haver a ga-

rantia de este autônomo se recusar a desenvolver determinada demanda do tomador, podendo, contudo, ser aplicada a penalidade contratualmente prevista.

Muitos doutrinadores criticam esse dispositivo legal, pois a relação de emprego nasce da percepção da realidade, de modo que a indicação das situações que configuram ou não relação de emprego não seriam suficientes para afastar a aplicação da CLT.

Ainda que seja muito cedo para avaliar qual entendimento será firmado pelas cortes trabalhistas, para o setor da saúde, o contrato de autônomo pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde qualificados, desde que observados os preceitos legais deste relacionamento.

8

Trabalho Intermitente

O trabalho intermitente não tinha previsão legal antes da Reforma Trabalhista, tendo sido introduzido pela Lei nº 13.467/2017 e modificado pela MP nº 808/2017. Assim, o trabalho intermitente também é um dos temas que está sujeito a sofrer modificações na tramitação da conversão da referida Medida Provisória em Lei.

Para esta nota técnica foi considerada a versão do trabalho intermitente dada pela MP nº 808/2017, que será atualizada caso haja modificações posteriores a sua edição.

A intenção deste tipo de contrato de trabalho é garantir que, nos momentos de maior demanda, o empregador possa contratar trabalhadores que tenham horas para disponibilizar. Este modelo de contrato de trabalho é utilizado de forma menos restritiva nos países de tradição anglo-saxônica. Na Espanha, França, Portugal e Alemanha, esse tipo de contrato de trabalho é admitido, mas com algumas garantias ao trabalhador como o direito ao salário mínimo, por exemplo.

A Reforma Trabalhista conceituou o trabalho intermitente como “contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do emprega-

do e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria”.

O contrato de trabalho intermitente é, certamente, o ponto mais criticado de toda a Reforma Trabalhista, devendo a sua implementação ser precedida de uma avaliação prévia de todos os riscos envolvidos.

O contrato de trabalho intermitente deve, obrigatoriamente, ser firmado por escrito. São cláusulas mínimas do referido contrato: (a) identificação, assinatura e domicílio das partes; (b) valor da hora ou do dia de trabalho; e (c) local e prazo para pagamento da remuneração.

O valor pago ao empregado intermitente não pode ser inferior ao valor por hora ou o valor por dia do salário mínimo, sendo assegurada remuneração do trabalho noturno superior à do diurno. Para o trabalho intermitente, também é assegurada a equiparação salarial: não é autorizado o pagamento de valores inferiores aos demais empregados que exerçam a mesma função.

O trabalhador intermitente tem direito de receber remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais.

Quanto ao prazo para pagamento, deve ser respeitado o disposto no §6º do artigo 452-A da CLT, que prevê que o pagamento deve ser “imediatamente”, o que corresponderia ao último dia em que o trabalhador laborou no período para o qual foi convocado.

Por outro lado, importante destacar que o §11 do mesmo dispositivo determina que, na hipótese em que período de convocação for superior a 1 mês, o pagamento deve ocorrer até o prazo máximo de 1 mês, contado do primeiro dia do período de prestação de serviços.

Independentemente do prazo, é certo que o empregado, quando pago, deverá receber 13º proporcional, DSR's e férias proporcionais.

O empregador deve entregar recibo ao empregado com a descrição de todas as verbas pagas, além de fornecer ao empregado comprovante do cumprimento das obrigações previdenciárias e perante o FGTS.

Além da modificação do fluxo usual de remuneração, a implementação do trabalho intermitente demanda uma série de outras adequações nos procedimentos internos das empregadoras, pois, ainda que mantido contrato escrito com o empregado, este poderá ou não aceitar a requisição do empregador para aquele dia e horário, devendo ser convocado e manifestar seu aceite, a cada novo período de convocação.

A seguir, indicamos de forma resumida o passo a passo da convocação do trabalhador intermitente:

- a) Instrumento de contrato de trabalho intermitente escrito;
- b) Convocação do trabalhador pelo empregador com, ao menos, 3 dias corridos de antecedência;
- c) O meio de convocação deve ser eficaz e recomenda-se esteja previsto no contrato de trabalho;
- d) Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de 24 horas para responder sobre o seu aceite ou não;
- e) O silêncio do empregado em responder ao chamado do empregador será caracterizado como recusa;
- f) Prestado o serviço pelo empregado, mesmo que não cumpridos os prazos indicados acima, estes serão considerados satisfeitos.

É garantido ao empregado o direito de usufruir férias, período durante o qual não poderá ser convocado pelo empregador para prestar serviços. Assim, caso sua entidade opte por implementar este contrato de trabalho, recomenda-se que preveja a proibição de convocação durante este período. As férias do trabalhador intermitente também poderão ser usufruídas em três períodos, nos moldes indicados no tópico 9 desta nota técnica.

Outra garantia expressa trazida pela Reforma Trabalhista é o auxílio-doença, que será devido a partir de sua in-

capacidade; o salário maternidade, pagos nos mesmos moldes dos demais contratos de trabalho.

Todavia, para que os empregados possam ter direito aos benefícios previdenciários, inclusive contagem de tempo para aposentadoria, faz-se necessário que o salário de contribuição mensal seja equivalente a um salário mínimo vigente. Nesse cenário, se o empregado for convocado para laborar quantidade de horas que não lhe garantam remuneração mensal equivalente ao salário mínimo, ainda que para diversos empregadores, mesmo com todos efetuando os pagamento dos recolhimentos da cota empregado e empregador, se não houver uma complementação do valor do recolhimento pelo empregado, corre o risco de não poder usufruir de tais benefícios e, inclusive, de não se aposentar, pois seria como se não tivesse contribuído no mês em referência.

Outra grande crítica ao contrato de trabalho intermitente é relacionada ao período denominado de “inatividade”, conceituado como “o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços”.

O grande debate é que o período de inatividade não é considerado como tempo à disposição do empregador e, portanto, não é remunerado. O exemplo mais extremo utilizado pela doutrina é de vendedores em lojas de shoppings centers, que contam com uma demanda maior nos horários de almoço e no período noturno. A definição trazida pela Reforma Trabalhista, se acatada pelo Judiciário, autoriza que essas lojas contratem seus empregados pontualmente, apenas para esses períodos.

O período de espera do empregado, contudo, não será considerado como tempo à disposição, pois a Reforma Trabalhista não trouxe um limite de horas entre uma jornada e outra. A depender da forma de contratação acordada, há grandes chances de o Judiciário entender que esse período de inatividade é, na verdade, tempo à disposição do empregador.

Aliás, a própria MP nº 808/2017 tratou da possibilidade de descaracterização do trabalho intermitente nos casos em que o trabalhador fique à disposição do empregado no período de inatividade.

Assim, o adequado é que sejam respeitados os intervalos interjornadas, intrajornadas e jornada máxima de 8 horas diárias e 44 semanais, desses trabalhadores e que, na medida do possível, eles sejam contratados para atuar por um único período durante aquele dia de trabalho, não dando margem à caracterização de tempo à disposição.

O trabalhador, durante este período de inatividade, poderá prestar serviços para outros tomadores de serviços, mesmo que exerçam a mesma atividade econômica do empregador.

O contrato de trabalho intermitente será considerado rescindido tacitamente após o transcurso do prazo de 1 ano sem convocação do empregado pelo empregador, contados da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente.

Ressalvados os casos de dispensa do empregado por justa causa (artigo 482 da CLT) e de rescisão indireta pelo empregado (artigo 483 da CLT), na extinção do trabalho intermitente, além das demais verbas trabalhistas que devem ser pagas integralmente, serão devidos:

- a) Aviso prévio indenizado pela metade, calculado com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente;
- b) Indenização sobre o saldo do FGTS pela metade (20%).

O trabalhador poderá movimentar sua conta de FGTS até o limite de 80% dos depósitos efetuados, sendo desautorizada a participação em Programa de Seguro Desemprego, independentemente do período de vigência do contrato de trabalho.

Essas exceções trazidas ao contrato de trabalho temporário também têm sido objeto de severas críticas, especialmente por infração ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal.

Recomenda-se que, além das cláusulas mínimas já indicadas no início deste tópico, o contrato de trabalho intermitente também trate dos seguintes aspectos:

- a) A indicação expressa da forma e instrumentos de comunicação entre as partes, especialmente para as convocações;
- b) O período de gozo de férias, durante o qual o empregador não poderá chamar o empregado;
- c) Locais de prestação de serviços;

d) Turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços;

e) Formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados;

f) Autorização expressa para que o empregado, durante o período de inatividade, preste serviços a outros tomadores de serviços, independentemente da atividade econômica que este tomador desenvolva;

g) Previsão de causas de extinção, com menção expressa à extinção tácita por ausência de convocação ou prestação de serviços por período superior a 1 ano, conforme disposto na CLT;

h) Indicação de que o recolhimento das contribuições previdenciárias do empregado e depósito do FGTS será feito com base nos valores pagos no período mensal.

Cumprido, ainda, acrescentar que foi instituído dispositivo tratando da contratação de empregado contratado por prazo indeterminado demitido como trabalhador intermitente. Pela redação trazida pela Reforma Trabalhista, até 31/12/2020, o empregado demitido não pode ser contratado como trabalhador intermitente pelo prazo de 18 meses, contados da data de sua demissão.

Essa previsão visa a evitar que os empregadores demitam todos os seus empregados e passem a contratá-los como trabalhadores intermitentes.

Grande parte da doutrina, membros do Judiciário e Ministério Público são contrários ao contrato de trabalho intermitente. De todo modo, muitas empresas têm adotado essa modalidade de contratação. Nesta nota técnica tentamos abordar algumas medidas que poderão mitigar os riscos envolvidos nesse tipo de contrato de trabalho, cabendo a cada entidade hospitalar avaliar os riscos envolvidos para o seu caso.

Ainda que o tema “férias” seja objeto de muitos questionamentos, as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista são de fácil compreensão. Foram mantidas as férias anuais de 30 dias remuneradas, acrescidas do terço constitucional.

A grande modificação foi na possibilidade de divisão do período de gozo, a critério do empregador, mas com a

concordância do empregado, em até 3 períodos, sendo que um deles deve ter, ao menos, 14 dias e, os demais, ao menos 05 dias. Também foi vedado o início da concessão de gozo de férias no período de 02 dias que antecedem feriado ou o descanso semanal remunerado.

Afastamento de Gestantes e Lactantes de Locais Insalubres

A obrigatoriedade de afastamento de gestantes e lactantes de locais insalubres foi introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), em maio de 2016 pela Lei nº 13.287, com a introdução do artigo 394-A. No setor hospitalar, grande parte da mão de obra é feminina e atua em locais insalubres, de modo que esses estabelecimentos têm grande dificuldade em promover o afastamento imediato de todas as gestantes e lactantes desses locais.

Com a Reforma Trabalhista trazida pela Lei nº 13.467/2017, foi modificado o dispositivo que trata do tema (artigo 394-A) e, mais recentemente, com a edição da MP nº 808/2017 foi, mais uma vez, modificada a regulamentação da matéria. A despeito de a Medida Provisória depender da aprovação do Congresso Nacional, explicamos a seguir a atual regulamentação para que possam rever seus procedimentos internos e seguir a legislação em vigor (Medida Provisória nº 808/2017). Se houver modificação legislativa posterior, a Anahp enviará novo comunicado a seus associados para que possam adequar sua atuação à legislação em vigor.

A seguir os principais pontos acerca do tema:

- a) A redação dada pela MP nº 808/2017 ao artigo 394-A da CLT trouxe limitações ao afastamento de lactantes de atividades insalubres: apenas após apresentação de atestado emitido por médico de confiança da empregada lactante é que a entidade fica obrigada a proceder o seu afastamento;
- b) O grau de insalubridade aplicável a cada setor do hos-

- pital é determinado pelo Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (“PCMSO”), nos termos da Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho nº 7 e nº 32, e pelo Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (“PPRA”), nos termos trazidos pelas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho nº 9 e nº 32. Assim, o mais adequado é que as instituições avaliem a adequação desses programas para verificar em quais atividades as gestantes poderão ou não atuar;
- c) Fica vedada a manutenção de empregadas gestantes em atividades insalubres em grau máximo;
- d) A Norma Regulamentadora do Ministério do Trabalho nº 15 traz, em seu Anexo 14, o grau de insalubridade em caso de contato com Agentes Biológicos. O grau de insalubridade máximo é, de modo geral, aplicável apenas para os casos de contato permanente com pacientes em isolamento por doenças infectocontagiosas (Ex.: paciente com tuberculose em isolamento);
- e) As empregadas gestantes que atuam em atividades insalubres em grau médio ou mínimo poderão continuar desenvolvendo seus trabalhos desde que, voluntariamente, apresentem atestado de saúde emitido por seu médico autorizando sua permanência nas atividades;
- f) As instituições hospitalares devem garantir a voluntariedade das empregadas gestantes em pleitear a permanência em atividades insalubres. Ademais, deve-se requisitar e arquivar no formulário da empregada o atestado apresentado por seu médico particular. Recomenda-se, ainda, que seja verificada a inscrição do médico no Conselho Regional de Medicina competente;
- g) Muitos médicos têm tido receio em emitir atestado

para as empregadas gestantes, pois não querem assumir a responsabilidade pelo ato. Diante deste cenário, muitas entidades têm disponibilizado às empregadas gestantes cópia do PPRA, do PCMSO e, se requerido pela empregada, relatório do médico do trabalho, justamente para viabilizar que o médico particular da empregada decida com embasamento técnico;

h) Caso a empregada não apresente o atestado, a instituição deve afastá-la das atividades insalubres e, consequentemente, excluir o pagamento do referido adicional;
i) As empregadas lactantes só devem ser afastadas se apresentarem atestado de médico de sua confiança que expressamente recomende o afastamento.

11 Comissão de Empregados

A Reforma Trabalhista trouxe novidade sobre a representatividade dos empregados: as empresas com mais de 200 empregados devem assegurar a eleição de Comissão de Representante de Empregados, cujos membros manterão diálogo com as empresas empregadoras.

Há discussão acerca da obrigatoriedade ou não da constituição desta comissão, tendo em vista que o texto do artigo 510-A determina que deve ser assegurada a eleição de comissão. A despeito do debate, recomendamos que as instituições hospitalares fomentem a constituição dessas comissões e, caso não haja êxito, documentem todas as medidas tomadas.

A composição da comissão varia com a quantidade de empregados da empregadora, conforme a seguir indicado:

Quant. de Empregados	Nº de membros na Comissão
De 201 a 2.999	03
De 3.000 a 4.999	05
Mais de 5.000	07

Caso haja estabelecimento em mais de um Estado, deve-se garantir a constituição de comissão por Estado. Também tem sido apresentada divergência quanto ao entendimento mais adequado sobre esse aspecto: deve-se constituir uma Comissão por Estado, utilizando-se, para fins de contabilização da quantidade de membros,

todos os empregados da empresa ou apenas os empregados localizados naquele Estado?

A despeito das diversas interpretações possíveis, entendemos que, uma vez escolhida a constituição por Estado, a empregadora deverá considerar a quantidade de empregados alocados naquela Unidade da Federação, e não a totalidade de todos os seus empregados.

Caso a quantidade de candidatos seja inferior ao número indicado na tabela acima, é autorizada a constituição de Comissão de Representantes de Empregados com número inferior. Igualmente, caso não haja candidato, deve-se lavar ata e convocar novas eleições no ano seguinte.

O mandato dos membros da Comissão de Representantes é de um ano, sendo vedada a reeleição nos dois anos subsequentes ao término do mandato do empregado anteriormente eleito.

A partir do registro da candidatura do empregado, é vedada a dispensa arbitrária do empregado, ou seja, os candidatos e membros da Comissão possuem estabilidade provisória no emprego, tendo em vista que somente fica autorizada a dispensa sem justa causa, fundamentada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, como, por exemplo, uma crise financeira ou econômica ou, ainda, a inovação tecnológica.

Os documentos relacionados ao processo eleitoral devem ser emitidos em duas vias: uma ficará com a empregadora e, a outra, com a Comissão. Esses documentos devem ser arquivados por 5 anos.

A despeito das diversas atribuições conferidas à Comissão de Representantes de Empregados, a Medida Provisória nº 808/2017 deixou evidente que a comissão não substituirá a função do sindicato, inclusive no que se refere à representação judicial e administrativa, hipótese em que permanece a obrigatoriedade de participação do sindicato.

A CLT trouxe, de forma detalhada, regras atinentes ao funcionamento da Comissão de Representante de Empregados, especialmente as regras eleitorais, dentre as quais destacamos:

- a) Auto-organização, cabendo à Comissão deliberar sobre seu regimento interno;
- b) Deliberação sempre colegiada, por maioria simples (50% mais um dos membros presentes);
- c) A eleição deve ser convocada com, ao menos, 30 dias de antecedência, contados do término do mandato anterior;
- d) Deve ser dada ampla divulgação ao processo eleitoral, que será organizado e acompanhado por comissão eleitoral composta por 5 empregados, sendo expressamente vedada a interferência da empresa empregadora ou do sindicato;
- e) Não podem ser candidatos os empregados com contrato de trabalho por prazo determinado, contrato sus-

penso ou que estejam em aviso prévio, mesmo que indenizado;

- f) Dentre os inscritos à candidatura de membros da Comissão, serão selecionados os com maior número de votos;
- g) Deve-se garantir o voto secreto, sendo vedado o voto por representação.

Como é possível notar, é garantida plena autonomia à Comissão de Representante de Empregados. Diante deste cenário, o mais adequado é que as empresas empregadoras fomentem a constituição da referida Comissão dentre seus empregados, acostando cartazes em seus estabelecimentos, esclarecendo as atribuições da Comissão e seu procedimento eleitoral, colocando a empregadora à disposição para colaborar com o que for necessário. De todo modo, uma vez tomadas essas medidas, deve-se garantir a independência da Comissão de Representantes de Empregados.

12

Prevalência do Negociado sobre o Legislado

De um modo geral, temos visto a introdução do artigo 611-A como uma grande revolução na regulamentação do direito do trabalho. Apenas a título de curiosidade, o prestígio à norma coletiva tem previsão na Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho (“OIT” – artigo 4º), que data do final da década de 1940.

Certamente, esta previsão foi o maior avanço e contribuição da Reforma Trabalhista, adequando a legislação à realidade da população brasileira neste século 21: em sua maioria urbana e alfabetizada e, sem dúvida, muito mais informada.

A Lei nº 13.467/2017 indicou de forma clara quais direitos poderão ser objeto de convenção e acordo coletivo e prevalecerão sobre a disposição legal. Também, foi indicado de forma pormenorizada os direitos que não poderão ser objeto de supressão ou redução. A tabela abaixo traz a relação dos principais direitos trazidos pela nova redação da CLT.

Direitos que podem ser objeto de supressão ou redução por acordo ou convenção coletiva (Art. 611-A da CLT)

- Jornada de trabalho
- Banco de horas
- Intervalo intrajornada
- Plano de cargos, salários e funções;
- Regime de sobreaviso
- Teletrabalho
- Trabalho Intermitente
- Remuneração por Produtividade
- Modalidade de Registro da Jornada de Trabalho
- Troca do dia do Feriado
- Enquadramento do Grau de Insalubridade
- Prorrogação da Jornada em Ambientes Insalubres, sem licença prévia do MTE
- Prêmios de Incentivos em Bens e Serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo
- Participação nos lucros ou resultados da empresa
- Adesão ao Programa de Seguro-Emprego
- Regulamento Empresarial
- Representante dos Trabalhadores no Local de Trabalho

Direitos que NÃO podem ser objeto de negociação em acordo ou convenção coletiva (art. 611-B da CLT)

- Salário mínimo;
- FGTS;
- 13º salário;
- Seguro-desemprego, salário-família e licença maternidade (benefícios previdenciários);
- Número de dias de férias;
- Remuneração do Trabalho Noturno superior à do Diurno;
- Remuneração da hora de 50% acima da hora-normal;
- Licença-maternidade de 120 dias;
- Licença- paternidade;
- Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço;
- Repouso semanal remunerado;
- Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- Aposentadoria;
- Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- Direito de greve;
- Tributos e outros créditos de terceiros;
- Normas relativas à segurança e saúde do trabalhador;
- Normas de Identificação Profissional, inclusive as anotações na CTPS;
- Normas de proteção à criança e adolescente.

A Medida Provisória n.º 808/2017 alterou três dispositivos do artigo 611-A da CLT: dois que tratam do enquadramento do grau de insalubridade e da prorrogação de jornada em ambientes insalubres e, o último, que trata da obrigatoriedade de os sindicatos participarem dos acordos ou convenções coletivas como litisconsortes necessários nas ações que tenham por objeto a anulação de cláusula desses instrumentos.

As modificações trazidas pelo Poder Executivo são positivas. No que se refere ao enquadramento de grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, a MP nº 808/2017 mantém a possibilidade, desde que sejam respeitadas as normas de segurança, saúde e higiene.

Quanto à participação dos sindicatos subscritores dos acordos ou convenções coletivas, a redação original da Lei nº 13.467/2017 obrigava que participassem em todas as ações individuais e coletivas que tratassem da anulação de cláusulas desses instrumentos. A modificação foi extremamente pertinente, pois manteve a participação dessas entidades apenas em ações coletivas.

Apresentamos um quadro com a indicação das modificações trazidas pela MP nº 808/2017 ao artigo 611-A.

► Texto antes da MP nº 808/2017

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

(...)

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

(...)

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

► Redação dada pela MP nº 808/2017

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

(...)

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual

O artigo 620 da CLT estipulava uma hierarquia entre acordos e convenções coletivas, prevalecendo este último. Com a nova redação dada ao dispositivo legal inverteu-se a situação: o disposto em acordo coletivo prevalece sobre a convenção. A nova previsão certamente autorizará que empregadores e o sindicato dos empregados adequem suas demandas às realidades inerentes a cada ambiente de trabalho.

Outra novidade trazida pela Reforma Trabalhista foi a desnecessidade do acordo ou convenção coletiva indicar, de forma expressa, as concessões recíprocas acordadas entre as partes. A despeito de o § 2º do artigo 611-A ser claro ao não exigir que no instrumento seja detalhado de forma pormenorizada as contrapartidas, não se pode afirmar que não será mais necessário haver contrapartidas nessas negociações, mas a legislação permite que haja adequações sem tal previsão na negociação entabulada.

Assim, espera-se que, nas negociações, a ausência de indicação das concessões feitas não configure, ao final, renúncia unilateral. Mesmo porque o artigo 613 da CLT, que define o conteúdo obrigatório dessas normas coletivas não sofreu qualquer modificação.

Devemos observar a exceção no tocante à redução de jornada ou salário, que deverá ser precedida de negociação, protegendo o empregado contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento normativo.

Por fim, é sempre importante lembrar que o caput do artigo 7º da Constituição Federal garantiu um rol de direitos mínimos aos empregados urbanos e rurais, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, o que deve ser sempre observado em toda negociação coletiva.

Há diversos tipos de contribuições a entidades sindicais no país, dentre as quais destacam-se: (a) a contribuição social ou mensalidade associativa, não compulsória (alínea “b” do artigo 548 da CLT); (b) a contribuição sindical, compulsória (artigo 149 da CF e artigo 578 da CLT); (c) a contribuição confederativa, exigível apenas dos filiados ao respectivo sindicato (Inciso IV do artigo 8º da CF).

A contribuição sindical é considerada a principal fonte de custeio das entidades sindicais, patronais e dos empregados que, ao longo dos anos, foi encarada pelas cortes do país, inclusive o Supremo Tribunal Federal (“STF”), como obrigatória, independentemente da existência de vínculo com a entidade sindical, por ter natureza tributária.

O pagamento da contribuição sindical dos empregados é feito por desconto efetuado pelo empregador na folha de pagamento do mês de março de cada ano. O do empregador, por sua vez, é calculado com base no capital social da empresa, recolhido no mês de janeiro de cada ano.

Com a Reforma Trabalhista, o legislador modificou o artigo 578 da CLT para prever que a contribuição é devida apenas aos que estejam associados. Contudo, a alteração dos artigos legais relativos ao recolhimento dessa contribuição são objeto de ações diretas de inconstitucionalidades (ADIs nº 5.794, nº 5.806, nº 5.810, nº 5.811, nº 5.813, nº 5.815 e nº 5859). O principal argumento utilizado para questionar a legalidade da modificação trazida pela Reforma Trabalhista é o de que, em virtude da natureza tributária da contribuição, a modificação

legislativa deveria ter sido feita por lei complementar, e não por lei ordinária.

Enquanto não há manifestação do STF, caberá aos representados pelas entidades sindicais decidir pela manutenção ou não do recolhimento da contribuição sindical. Para tanto, deve-se considerar que muitas das modificações positivas implementadas pela Reforma Trabalhista dependerão da atuação dos Sindicatos, especialmente no que se refere à prevalência do negociado sobre o legislado.

Ao ponderar sobre a manutenção ou não do pagamento da contribuição, a entidade hospitalar também precisa verificar as convenções coletivas firmadas, pois muitas passaram a prever a obrigatoriedade do pagamento.

Outra questão relevante é que a empresa que optar pelo não recolhimento da contribuição sindical continuará obrigada a seguir as convenções coletivas firmadas, principalmente as convenções já em vigência. A tendência dos sindicatos certamente será a de aumentar o valor cobrado a título de contribuição negocial, especial daqueles que não são filiados.

Por fim, devemos alertar que nenhuma modificação foi trazida aos artigos 607 e 608 da CLT, que exigem a prova de quitação da contribuição sindical para licitações públicas e para concessão de alvará de funcionamento. Assim, caso sua entidade costume contratar com o Poder Público, recomenda-se a manutenção do pagamento da contribuição sindical, ao menos até haver uma consolidação da jurisprudência em outro sentido.

Outra novidade trazida pela Reforma Trabalhista é relacionada à homologação judicial de acordo extrajudicial. Assim, após as partes firmarem o acordo extrajudicial para quitação de verbas devidas em razão da relação de trabalho, podem requerer, perante o juízo de trabalho competente, sua homologação. O processamento da

homologação extrajudicial está devidamente detalhado nos artigos 855-B a 855-E da CLT.

Para tanto, esclarecemos que as partes não poderão ser representadas pelo mesmo advogado, sendo autorizado que o trabalhador seja assistido por advogado do sindicato de sua categoria.

Nas últimas décadas, com o amplo desenvolvimento tecnológico e a disseminação de novas técnicas, houve a democratização do acesso a procedimentos diagnósticos e terapêuticos a um leque maior da população.

Os profissionais de saúde, por sua vez, também passaram a se especializar cada vez mais, demandando a constituição de equipes específicas que atendem determinados casos conforme a demanda epidemiológica de certa região.

Nos dias atuais, é muito comum que uma equipe especializada no tratamento de determinado tipo de câncer ou, ainda, um médico especializado em diagnóstico específico atenda diversas unidades de saúde, alargando, assim, o acesso à saúde altamente especializada a parcela da população que, por sua localização, poderia estar impedida de obter certo tratamento.

A “superespecialização” é, de fato, uma realidade do setor da saúde e a terceirização dessas atividades viabiliza a disponibilização desses serviços a um leque maior da população brasileira.

Até a Reforma Trabalhista a terceirização de atividades por uma empresa nunca havia sido objeto de lei específica. Na verdade, pode-se dizer que o tema era regulamentado pelo Código Civil, nos termos dos artigos 593 a 609. Ao longo do tempo, contudo, as cortes trabalhistas, ao identificarem os requisitos da relação de emprego (pessoa física, pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade) qualificavam aquela prestação de serviços como relação empregatícia, condenando a contratante a reconhecer o vínculo e, conseqüentemente, pagar as verbas devidas.

Em 1986, o TST editou a já cancelada Súmula nº 256 dispondo que, ressalvado os casos de contrato de trabalho temporário e de serviços de vigilância, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal.

Na década de 1990 o TST cancelou a Súmula nº 256 e editou a célebre Súmula nº 331, que, ao longo dessas quase 03 décadas, passou por muitas modificações, mas em linhas gerais, dispõe que:

a) É legal a contratação de empresas de vigilância, conservação, limpeza e de serviços especializados ligados à atividade-meio do contratante, desde que não haja subordinação direta e pessoalidade;

b) O Contratante pode responder subsidiariamente pelas verbas trabalhistas devidas aos empregados do prestador de serviços;

c) A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, ressalvados os casos de trabalho temporário.

Ao editarem a Súmula nº 331, os Ministros do TST certamente tiveram a intenção de deixar mais evidente os casos em que a relação mantida entre os trabalhadores do prestador de serviços e a contratante configurariam ou não uma relação empregatícia. Contudo, as discussões ao longo dos anos passaram a envolver a definição do que seria ou não atividade-fim ou atividade-meio.

Na área da saúde, muitos estabelecimentos sofreram (e ainda têm sofrido) com ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho questionando a legalidade da contratação de empresas prestadoras de serviços específicos, tais como serviços médicos ou de fisioterapia.

No direito do trabalho, vigora o princípio da “primazia da realidade” que, de forma muito simplificada, pode ser conceituado como “os fatos valem sobre as condições escritas”. Assim, o que se demonstrou ao longo do tempo é que as empresas que mantiveram estrutura de contratação constituindo relação que não preenche os requisitos da relação de emprego têm tido mais sucesso em suas defesas das que optaram por contratar profissionais de saúde de forma pessoal, com subordinação, mas por meio de pessoa jurídica interposta, fenômeno esse conhecido como “pejotização”).

A Reforma Trabalhista é muito criticada por setores da sociedade por, supostamente, autorizar toda e qualquer terceirização. Contudo, a Reforma não trouxe uma autorização expressa à “pejotização”. A bem da verdade, comprovados os requisitos da relação de emprego (pessoa física, pessoalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade), haverá vínculo empregatício.

Diante deste cenário, mesmo com a inserção da lei da possibilidade expressa de terceirização da atividade principal, as empresas devem implementar todas as medidas para demonstrar que a relação comercial mantida não preenche os requisitos de uma relação de emprego

Ao nosso ver a grande inovação da Reforma Trabalhista foi descaracterizar a terceirização da atividade-fim como ilícita, como previamente dispunha a Súmula nº 331 do TST.

Durante a tramitação dos Projetos de Lei que trataram da Reforma Trabalhista, o Congresso Nacional acabou optando por tratar da terceirização em lei específica, modificando a Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974 (“Lei nº 6.019/1974”), que, até a edição da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017 (“Lei nº 13.429/2017”), regia apenas o contrato de Trabalho Temporário.

Assim, há a perspectiva de a contratação de serviços de “atividade-fim” que não preencha os requisitos da relação de emprego não ser mais considerada ilegal “por pressuposto” como, na prática, ocorria anteriormente.

Feitas as ressalvas iniciais sobre a terceirização na Reforma Trabalhista, passamos a trazer o detalhamento dos pontos mais relevantes ao setor da saúde, quando optar por terceirizar alguma de suas atividades:

a) A prestadora de serviço deve comprovar sua capacidade econômica, conforme a relação entre o número de empregados e o capital social prescrito pela lei:

Nº do total de empregados da Contratada	Capital Social mínimo
Até 10 empregados	R\$10.000,00
De 11 a 50 empregados	R\$25.000,00
De 51 a 100	R\$100.000,00
Mais de 100	R\$250.000,00

b) A remuneração, a direção e a contratação dos empregados da Contratada deve ser efetuada pela própria Contratada;

c) A Contratante deve garantir aos empregados da Contratada as mesmas condições relacionadas à alimentação, direito de utilizar transporte, atendimento médico ou ambulatorial fornecido nas dependências da contratante, treinamento, mesmas condições sanitárias de proteção à saúde e segurança do trabalho;

d) Todas as atividades desenvolvidas pelos empregados da Contratada devem estar previstas no contrato firmado com a Contratante;

e) O Contrato de Prestação de Serviços deverá conter: (a) a qualificação das partes; (b) a especificação dos serviços contratados; (c) prazo para realização do serviço, quando for o caso; e (d) o valor;

f) É expressamente proibido que a Contratante firme contrato de prestação de serviços com empresas cujo quadro societário é composto por antigos empregados da contratante, ressalvados os casos indicados no próximo item.

g) Os ex-empregados da Contratante que tenham terminado seu vínculo empregatício há mais de 18 meses poderão configurar no quadro societário da Contratada;

h) Os aposentados, mesmo que tenham acabado de terminar sua relação de emprego, podem ser sócios das Contratadas, independentemente do prazo de término do vínculo;

i) A Contratante responde pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela Contratada durante o período da prestação de serviços, caso esta última não tenha meio de cumpri-las (responsabilidade subsidiária).

Ainda no que se refere às obrigações da Contratante para com os empregados da Contratada, há de se considerar que há uma divergência na redação trazida pela Lei nº 13.429/2017 e pela Lei nº 13.467/2017.

A Lei nº 13.429/2017 previa que a Contratante poderia estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado a seus empregados, existente em suas dependências ou em local por ela designado (Parágrafo 4º do Artigo 5º A da Lei nº 6.019/1974). Havia margem, portanto, para a Contratante disponibilizar ou não esses benefícios.

Com a edição da Lei nº 13.467/2017, contudo, foi trazida garantia aos empregados das Contratadas quando os serviços forem desempenhados nas dependências da tomadora, dentre as quais destacamos: (a) a alimentação, quando fornecida em refeitórios; (b) o direito de usar os serviços de transporte; (c) atendimento médico ou ambulatorial quanto existentes nas dependências da Contratante ou em local por ela designado; e (d) treinamento adequado.

Tendo em vista que a Lei nº 13.467/2017 é posterior à Lei nº 13.429/2017, recomenda-se que as empresas Contratantes sigam o disposto na última lei e garantam as condições indicadas.

Como informado anteriormente, cada entidade hospitalar deve avaliar sua realidade interna para implementar procedimentos que visem a garantir a licitude na contratação de empresas para prestação de serviços.

A. SOBRE A FORMA EM GERAL

- Como fica a Reforma Trabalhista x Insegurança Jurídica?

Este questionamento está tratado de forma detalhada no tópico 1 desta nota técnica.

- Quais as principais alterações na reforma e quais são os maiores pontos de atenção que as empresas deverão ter? A Reforma Trabalhista é bem abrangente e os aspectos que mais impactam o setor da saúde estão tratados nesta nota técnica.

- A Reforma Trabalhista vale para todos os contratos ou apenas para os novos? É preciso fazer aditivo contratual adequando à nova legislação para os empregados admitidos anterior a ela?

Este questionamento está tratado de forma detalhada no tópico 1 desta nota técnica.

B. JORNADA 12 X 36

- Como vai funcionar a jornada de 12 por 36?

A Reforma Trabalhista não trouxe modificações relevantes à operacionalização da jornada 12X36. A principal alteração foi em relação à autorização para que o setor da saúde implemente a jornada por acordo individual, sem a necessidade de acordo ou convenção coletiva, como indicado no tópico 6 desta nota técnica.

- O empregado que trabalha na escala 12x36, quando ele trabalha no dia do feriado, as horas trabalhadas serão consideradas como horas extras ou normais? O empregado que trabalhou 12h (7 às 19) com intervalo de 1h em um dia ele pode cumprir este mesmo horário nos dias seguintes?

A Reforma Trabalhista excluiu a obrigatoriedade de pagamento do acréscimo do feriado para a jornada 12X36. Contudo, o TST já havia editado a Súmula 444 prevendo a obrigatoriedade do pagamento do adicional. Assim, recomenda-se a avaliação do risco envolvido na exclusão imediata do pagamento desse adicional. Nesse caso, deve-se avaliar os acordos e convenções vigentes para verificar se há ou não dispositivo prevendo o pagamento do adicional.

C. PROCESSO DE DEMISSÃO/RESCISÃO

- O que muda em relação à homologação da demissão direta na empresa? Preciso enviar algum comunicado ao

Ministério do Trabalho?

A Reforma Trabalhista autorizou a homologação da rescisão de contrato de trabalho na própria empresa, sem atuação do sindicato ou do MTE.

- Se fizer a demissão consensual e optar pelo aviso prévio trabalhado, o tempo a ser cumprido de aviso prévio também é reduzido à metade (15 dias), assim como a verba devida no aviso prévio indenizado?

A rescisão do contrato de trabalho por acordo entre as partes está detalhada no item “e” do Tópico 2 desta nota técnica.

Nessa modalidade de rescisão, o empregado não terá direito ao seguro desemprego, mas fará jus à metade do aviso prévio, se indenizado, bem como à metade da multa devida pelo empregador calculada sobre o saldo remanescente do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (“FGTS”), que, de 40%, passa, nesta hipótese, a ser de 20%.

As demais verbas rescisórias são pagas de forma integral.

D. TRABALHO INTERMITENTE

- Como trabalho intermitente funcionará?

Este tema está abordado de forma detalhada no tópico 8 desta nota técnica.

- Como é o cálculo do salário do trabalhador intermitente?

Este tema está abordado de forma detalhada no tópico 8 desta nota técnica.

- O contrato intermitente poderá ser usado para área assistencial? Mesmo com uma escala pré-determinada? Poderão fazer plantões regulares?

Como indicado no tópico 8, o contrato de trabalho intermitente é um dos pontos mais controvertidos da Reforma Trabalhista e será objeto de muita discussão.

Não é recomendada a utilização do contrato de trabalho intermitente para atividades que sejam habituais, devendo, nestes casos ser utilizado o contrato em regime parcial.

- O benefício de plano de saúde também deverá ser estendido aos Intermitentes?

A Reforma Trabalhista não tratou desta questão, mas pela lógica trazida pela MP nº 808/2017 para o contrato de trabalho intermitente, entendemos que o plano de saúde não seria estendido a trabalhadores contratados sob esse regime. Mas, como informado, este tema é o mais controvertido da reforma.

- Contrato de experiência pode ser aplicado no contrato intermitente?

Entendemos que o contrato de experiência é incompatível, pois no contrato de trabalho intermitente basta o empregar não convocar mais o empregado para prestar serviços.

- Como será o recolhimento de impostos bem como o registro na ctps do contrato intermitente?

Este questionamento está integralmente respondido no tópico 8 desta nota técnica.

E. GESTANTES E LACTANTES

- Grávidas e Lactantes em áreas insalubres - caso a funcionária apresente atestado de que deverá ficar afastada das suas atividades, e não existe outro local na instituição para transferência. Ela será encaminhada para INSS como licença-maternidade?

Não há previsão de afastamento da gestante, esse dispositivo foi revogado pela MP nº 808/2017.

- Trabalho da mulher gestante: em caso de afastamento previdenciário por conta de local insalubridade grau máximo, gostaríamos de saber se existe aceite por parte da Previdência Social?

Não há previsão de afastamento da gestante, esse dispositivo foi revogado pela MP nº 808/2017.

F. AUTÔNOMOS

- Existe alguma restrição com relação a quanto tempo podem permanecer nas dependências da empresa?

A Reforma Trabalhista não tratou deste tema, apenas indicou que o Autônomo não pode ter exclusividade.

- Quais os riscos do trabalho autônomo e suas peculiaridades
- O risco é que no dia a dia do relacionamento com o Autônomo sejam preenchidos os requisitos da relação de emprego, como indicado no tópico 7 desta nota técnica.

G. ACORDO COLETIVO

- O Acordo Coletivo prevalece sobre a CCT - Convenção Coletiva de Trabalho?

Sim, a Reforma Trabalhista trouxe esta previsão.

- Mesmo tendo o acordo coletivo (convenção) sobre os pontos da nova reforma, o acordo individual poderá ser firmado? E este irá sobrepor a convenção?

Este questionamento está respondido no tópico 12 desta nota técnica.

H. HORA EXTRA, BANCO DE HORAS E JORNADA

- Podemos compensar diariamente atrasos e faltas com as horas extras realizadas que vão para o banco de horas ou nele só são creditadas as horas positivas para posterior compensação, devendo os atrasos e faltas serem descontados diretamente na folha de pagamento do próprio mês?

Este questionamento está respondido no tópico 5 desta nota técnica.

- O excesso de jornada em uma semana poderá ser compensada com a correspondente redução na semana imediatamente seguinte ou dentro próprio mês?

Este questionamento está respondido no tópico 5 desta nota técnica.

- Para o efetivo que trabalha em horário administrativo de segunda a sexta-feira, sábado é liberalidade da empresa as férias podem iniciar na quinta-feira?

A Reforma Trabalhista veda a concessão de férias 02 dias que antecedem o Descanso Semanal Remunerado. Assim, na hipótese indicada, as férias terão que ser concedidas no máximo a partir de 4ª feira.

- Jornada: valerá tanto em acordo coletivo como no individual?

Este questionamento está respondido no tópico 12 desta nota técnica.

I. NEGOCIADO X LEGISLADO

- E o Negociado x Legislado?

Este questionamento está respondido no tópico 12 desta nota técnica.

- Já que temos um preceito de prevalência Negociado X Legislado, como ficará se na convenção coletiva esses tópicos tiverem pautados e acordados?

Este questionamento está respondido no tópico 12 desta nota técnica.

J. COMISSÃO

- Comissão de empregados, a empresa já está obrigada a compor?

Sim, desde o início de vigência da Lei nº 13.467/2017, em novembro de 2017.

- Como e a partir de quando devo formar a comissão de colaboradores?

A descrição detalhada da forma de constituição e demais obrigações estão descritas no tópico 11 desta nota técnica.

K. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

- Realmente não sofrerá nenhuma alteração, ou seja, trataremos como opcional?

Este questionamento está respondido no tópico 13 desta nota técnica.

L. TERCEIRIZAÇÃO

- Quais os riscos da terceirização?

O principal risco da terceirização de atividades é a configuração de uma relação empregatícia. Assim, recomenda-se que as contratantes firmem rotina de relacionamento que não configure os requisitos do vínculo empregatício, quais sejam a onerosidade, pessoalidade, subordinação e não eventualidade.

- Os empregados dos terceirizados podem ou devem receber refeição em refeitório e atendimento médico nas mesmas condições dos empregados da contratante?

Este questionamento está respondido no tópico 15.

Expediente

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Presidente - Francisco Balestrin | H. Vita Curitiba - PR

Vice-Presidente - Eduardo Amaro | H. e Maternidade Santa Joana - SP

Ary Ribeiro | H. do Coração (HCor) - SP

Fernando Torelly | H. Sírio-Libanês - SP

Francisco Estácio Vieira | H. Santa Joana - PE

Henrique Neves | H. Israelita Albert Einstein - SP

José Ricardo de Mello | H. Santa Rosa - MT

Maria Norma Salvador Ligório | H. Mater Dei - MG

Paulo Junqueira Moll | H. Barra D'Or

Elaboração de Conteúdo - Teresa Gutierrez (Machado Nunes), Daniela Bernardo, Fernanda Chollet Boni Rodrigues (Andrade Mariano) e Grupo Legal Regulatório. **Fotos** - Shutterstock. **Produção Gráfica** - Otávio Henrique Neves.

Mais informações: www.anahp.com.br

Disclaimer

Este relatório foi preparado pelo Núcleo de Estudos e Análises - NEA da Anahp. Todos os direitos são reservados.

É proibida a duplicação ou reprodução deste material, no todo ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição na web ou outros), sem permissão expressa da Associação.

