

Considerações jurídicas sobre temas atuais inerentes ao contrato de trabalho docente

Jose Geraldo de Santana Oliveira



sinprogoias



perfilsinprogoias



www.sinprogoias.org.br

Considerações jurídicas sobre temas atuais inerentes ao contrato de trabalho docente

O inesperado e imponderável cenário que avassala o Brasil, desde meados de março de 2020, quando o atingiu em cheio a pandemia do Coronavírus, transformou o cotidiano dos professores que se ativam em escolas privadas em tormento que parece não ter fim; que se materializa pelo justo e necessário receio de contaminação por letal e impiedoso vírus, pela sobrecarga de trabalho, nunca dantes enfrentada, e pela crescente investida de redução e de supressão de seus direitos, já bastante minguados.

Ao contrário do que possa aparentar, à primeira vista, a suspensão das atividades pedagógicas/acadêmicas presenciais e sua conseqüente substituição por aquelas realizadas por meio remoto, longe de diminuir a carga de trabalho docente, significaram seu excessivo, bem assim a precarização das condições em que suas atividades se realizam.

Na esteira dessa sobrecarga vêm, com ímpeto tão avassalador quanto a covid19, tanto o sistemático desrespeito às mais mezinhas garantias trabalhistas quanto a redução e a supressão de direitos constitucionais, legais e convencionais.

Considerável parcela das instituições de ensino básico e superior, notadamente aquelas que escancaram sua natureza empresarial, que fazem da educação simples e lucrativo comércio, e que, desafortunadamente, representam a maioria, de forma inescrupulosa, colhe desse desolador cenário, oportunidade ímpar para buscar a redução de seus custos, debitando-a aos direitos de seus professores e administrativos.

Em âmbito nacional, multiplicam-se as demandas cotidianas aos respectivos sindicatos, consubstanciadas em questionamentos sobre a legalidade e a razoabilidade das exigências de teletrabalho, às expensas dos professores e administrativos; cessão graciosa do direito de imagem e da produção intelectual; redução descomunal de carga horária e salário; redução de salário aula, por ato unilateral da instituição; assédio moral institucional, para forçar professores a requererem licença não remunerada, porque a instituição de ensino não lhe distribuiu carga horária; falta de registro na CTPS;

contratação por meio de pessoa jurídica, conhecida como pejetização; banco de horas etc.

Com o único e bom propósito de contribuir para incentivar o debate sobre como essas questões afetam profundamente os contratos de trabalho docentes e administrativos, trazem-se, aqui, comentários e orientações a respeito de cada uma delas.

I - TELETRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) conceitua **teletrabalho** como aquele realizado fora da dependência central da empresa e que demanda uso de tecnologia de informação e comunicação; podendo ser desenvolvido em dependência satélite, em domicílio do empregado (home office), em telecentros e sem lugar fixo (móvel). Isso porque o substantivo *tele* é radical grego, que significa longe, ao longe, a distância.

O Art. 6º da CLT, com a redação dada pela Lei N. 12551/2011, corroborando o conceito da OIT, estabelece que:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Em conformidade com esse comando legal, o local de realização do trabalho, seja na dependência central da empresa, em domicílio do empregado, em dependência satélite, em telecentro, ou móvel, não altera a natureza do contrato de trabalho.

Assim, em todos locais em que se desenvolva o teletrabalho, os elementos constitutivos do vínculo empregatício, determinados pelo Art. 3º, da CLT, acham-se presentes. O Art. 3º, da CLT, assim dispõe: “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

O Art. 75-B, também da CLT, com a expressão “preponderantemente fora das dependências da empresa”, admite que , em regime de teletrabalho, algumas atividades podem ser desenvolvidas nas dependências centrais da empresa. Porém, isso não infirma o que foi dito acima, quanto à caracterização dos elementos do contrato de trabalho.

Tal dispositivo estipula:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Assentado o que é teletrabalho, há de se tecer comentários acerca das diversas questões sobre ele que são remetidas aos sindicatos.

II - O TELETRABALHO É OBRIGATÓRIO?

Em tempo de realização de atividades pedagógicas/acadêmicas por meio remoto, em decorrência da pandemia do Coronavírus, sim; antes de tudo, pelo compromisso social dos profissionais da educação escolar; nesse tempo, não há como sequer cogitá-las presencialmente, como estabelecido nos contratos de trabalho. Fora desse tempo, por vontade unilateral da empresa, não, pois que depende da expressa concordância do professor e do administrativo.

Essa exigência encontra-se expressa no Art. 75-C, da CLT, que diz:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Faz-se necessário ressaltar que o § 2º deste Art., como se colhe da literalidade de sua redação, autoriza a empresa a promover a reversão de

teletrabalho para trabalho presencial, por ato unilateral, desde que respeite o prazo de quinze dias.

Tem-se, pois, por esse propositadamente contraditório dispositivo legal, que a mudança de trabalho presencial para teletrabalho depende de expressa concordância do empregado. Já a reversão desse para o presencial, não; pode se dar por determinação unilateral da empresa. Um verdadeiro disparate, como, aliás, tornou-se a CLT, após os retrocessos impostos pela Lei N. 13467/2017.

III - DE QUEM É A RESPONSABILIDADE PELA GARANTIA DE MEIOS E MODOS PARA A REALIZAÇÃO DE TELETRABALHO?

O Art. 75-D, da CLT, de forma marota, diz que essa responsabilidade deva ser prevista em contrato escrito; fazendo-o nos seguintes termos:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Essa aberração jurídica afronta o que assevera o Art. 2º, da CLT, de forma solene e expressa: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Claro está, portanto, que, por força deste Art. da CLT, a responsabilidade sob comentário recai integralmente sobre a empresa, não podendo jamais ser transferida ao empregado.

Em que pese essa clareza, faz-se imperioso que nenhum empregado assine contrato, do qual conste que a comentada responsabilidade é dele, pois não o é. Todavia, se o assinar, com certeza, terá muitos aborrecimentos jurídicos, dentre os quais possível demissão por justa causa.

IV - COMO SE DÁ O CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO?

Não obstante o Art. 62, III, da CLT, excluir dos trabalhadores sob teletrabalho do controle de jornada, essa exclusão, por absoluta impossibilidade, não alcança os profissionais de educação escolar, notadamente os professores, que se sujeitam a calendário escolar, dias letivos/de trabalho acadêmico e horas de atividades dessa natureza.

Ao contrário daqueles trabalhadores que, em regime de trabalho domiciliar, definem seu horário de trabalho, no caso de professores, quem o define é o estabelecimento de ensino, para interação direta, mesmo remota, com alunos e familiares.

Por essas razões, professores e administrativos submetem-se a rigoroso controle de jornada, que, em nenhuma hipótese, pode ultrapassar aquela expressamente contratada; o que exceder, será trabalho extraordinário, remunerado com acréscimo mínimo de 50% (cinquenta por cento).

Para que se evitem discussões impertinentes e prejudiciais, professores e administrativos devem registrar eletronicamente todas as horas de trabalho e aquelas que ficarem à disposição do estabelecimento de ensino.

V - O QUE É ENSINO HÍBRIDO?

Emergiu da pandemia do Coronavírus a pomposa expressão ensino híbrido, que, parafraseando o poeta Thiago de Mello, no magistral poema “Estatutos do Homem”, de 1964, já ocupava o pântano enganoso das bocas daqueles que buscam, a todo custo, sepultar o ensino presencial e substituí-lo integralmente pelo “desenvolvido” a distância.

Mas, afinal, em que consiste ensino híbrido? Todos perguntam. Aqui, as coisas se complicam e se embaralham, posto que se advoga a existência de pelo menos duas modalidades de ensino híbrido.

O adjetivo híbrido possui, dentre outros, os significados de composto, heterogêneo, misturado mesclado etc.

Originalmente, ensino híbrido mescla ensino presencial com ensino a distância. Porém vozes autorizadas e acreditadas como a do jurista Lenio Streck entendem que, para além desta forma de desenvolvimento, que deve destinar parcela da carga horária às atividades presenciais e outra às on-line, há também aquela em que o professor, por meio de tecnologia instalada na

sala de aula, ministra suas aulas, simultaneamente, para os que nela se acham presentes e para os que a acompanham remotamente, por meio de tela compartilhada, sendo que essa última forma só se justifica durante o período de pandemia.

Há evidentes sinais de que, doravante, por tempo indeterminado, a moda será ensino híbrido; ao que tudo indica, pelas duas modalidades apontadas.

É bem de ver-se que isso em nada altera o contrato de trabalho.

VI - EM QUE CONSISTE A CESSÃO DO DIREITO DE IMAGEM E DE PRODUÇÃO INTELECTUAL? OS PROFESSORES SE OBRIGAM A ISSO?

Outra questão de grande monta e cada vez mais opressiva, que atormenta o trabalho docente, é a que diz respeito à cessão do direito de imagem e do trabalho intelectual, presente em todas as IES e, em larga medida, nas escolas de ensino básico.

A CF, em seu Art. 5º, caput e incisos IX e X, assegura total proteção à imagem e à honra, dispondo do seguinte modo:

CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito autoral, cada dia mais presente no cotidiano docente, é regulamentado pela Lei N. 9.610/1998, na qual sobressaem, dentre outras, as garantias abaixo transcritas:

Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - publicação - o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

II - transmissão ou emissão - a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas; sinais de satélite; fio, cabo ou outro condutor; meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético;

III - retransmissão - a emissão simultânea da transmissão de uma empresa por outra;

IV - distribuição - a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse;

V - comunicação ao público - ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;

VII - contrafação - a reprodução não autorizada;

XIV - titular originário - o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013) [...]

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; [...]

Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. [...]

Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. [...]

Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral; [...]

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo. [...]

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. [...]

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa. [...]

Art. 56. Entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição, se não houver cláusula expressa em contrário.

Parágrafo único. No silêncio do contrato, considera-se que cada edição se constitui de três mil exemplares. [...]

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

De todos os desafios que atormentam os professores, o que trata de cessão de direito de imagem e de produção intelectual parece ser o mais complexo e mais urgente. Isso porque a tendência de encolhimento de atividades pedagógicas/acadêmicas presenciais e a sua consequente substituição por atividades remotas parecem inexoráveis.

Se os professores e as entidades que os representam não tiverem esse discernimento e passarem à ação coletiva, em breve não mais haverá campo de trabalho, posto que uma aula gravada e cedida ao estabelecimento de ensino, sem as devidas garantias e ressalvas, poderá ser reproduzida para milhares de alunos, o que poderá levar ao extremo de cada escola demandar apenas um professor por disciplina.

Passo certo nessa direção já foi dado, com o que o SinproSP e a Fepesp, com propriedade, denominam de ensalamento, com salas remotas descomunais, diante da falta de regulamentação do número de alunos por sala, seja presencial, seja a distância, na maioria dos sistemas de ensino.

A única norma de caráter federal que aborda essa matéria é o Art. 25 da LDB, até hoje não regulamentado, mesmo já tendo decorrido mais de duas décadas e meia de sua publicação, aos 20 de dezembro de 1996.

Esse dispositivo legal, convertido em mero protocolo de intenção, dispõe:

Art. 25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.

Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.

A observância aos princípios da probidade e da boa-fé, que regem todos os contratos, por determinação do Art. 422 do Código Civil (CC), não tem sido a tônica nas IES e nas instituições de ensino básico, notadamente após o advento da Lei N. 13.467/2017, que faz do “acordo” individual regra e, do coletivo, exceção.

Essa complexa e polêmica temática somente poderá ter desfecho razoável para os professores se a sua regulamentação se der por instrumento coletivo. Nas relações individuais, os professores ficam sem nenhum poder de negociação, sendo compelidos a aderir a “acordos” danosos, feitos pelas escolas à sua feição, e, o que é pior, sem qualquer ônus.

E, na toada em que caminha a Justiça do Trabalho, desconstituir “acordos” dessa natureza, sob fundamento de coação, de fraude e de enriquecimento sem causa, será tarefa difícil, com mínima possibilidade de êxito.

Para que os professores que se ativam em escolas privadas não corram risco e sofrer danos irreparáveis, que podem representar inclusive o definhamento total da profissão, não devem sob hipótese alguma, assinar termo de cessão de direito de imagem e de produção intelectual, sem antes consultar os seus respectivos sindicatos.

Se esse cuidado não for observado, com todo rigor, em breve período de tempo, poderá acontecer de os professores se fazerem presentes em múltiplas salas de aula, sem receber um centavo sequer por isso.

VI - QUER DIZER QUE OS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO BÁSICO E SUPERIOR NÃO PODEM REPRODUZIR AS AULAS GRAVADAS POR SEUS PROFESSORES?

Podem, apenas e tão-somente, para as turmas com as quais eles trabalham, e, ainda assim, durante o horário de aula estabelecido; não podendo reproduzi-las em nenhum momento posterior; exceto se forem expressamente autorizados, por meio de cessão de direito.

VII - E BANCOS DE HORA, SÃO PERMITIDOS?

Outro flagelo, de danosas consequências, é o chamado banco de horas, velho conhecido dos administrativos e que já atormenta, com força, o cotidiano dos professores.

Essa questão tornou-se muito mais tormentosa com a Lei N. 13.467/2017, que a admite por “acordo” individual se a compensação se der no prazo de seis meses, e chegou às raias do inferno com a MP 927, que se caducou, que o autorizava com duração de 18 meses, contados do fim do estado de calamidade.

Veja-se o que dizem os Arts. 59, 59-A, 59-B e 60 da CLT, com a redação dada pela Lei N. 13.467/2019:

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

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

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§ 3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma dos §§ 2º e 5º deste artigo, o trabalhador terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção

coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

Art. 60. Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.

A Súmula 85 do TST, atualizada em 2012 e não cancelada, dispõe:

Súmula nº 85 do TST
COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº 182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

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

Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

Também, quanto a esse flagelo, há imperiosa necessidade de os profissionais da educação escolar, professores e administrativos não assinarem qualquer documento autorizando-o, sem antes consultar os seus respectivos sindicatos.

Isso porque, uma vez assinado, desconstitui-lo, ou seja, torná-lo inválido, é quase impossível.

VIII - E TRABALHO AOS DOMINGOS, É PERMITIDO?

Para professores, não; por força do Art. 319, da CLT, que dispõe: "Art. 319 - Aos professores é vedado, aos domingos, a regência de aulas e o trabalho em exames".

Aos administrativos, salvo se CCT dispuser de modo diverso, é permitido, por estúpida e monstruosa decisão do STF, na ADI N. ADI 3975, que trata de repouso semanal remunerado.

Nos termos do Art. 7º XV, da CF, o repouso semanal remunerado deve ser preferencialmente aos domingos, ou seja, na maioria das vezes.

Entretanto, a maioria foi transformada em minoria, pela Lei N. 11.603/2007, que o reduziu a um domingo, a cada três semanas.

À unanimidade, o STF considerou a lei constitucional, afirmando que basta um domingo a cada quatro semanas; com isso, a citada Lei N. 11603 é menos prejudicial aos trabalhadores de que o entendimento do STF.

Essa decisão avaliza a máxima da presidente do TST, Cristina Peduzzi, que, por ocasião da edição da MP 905, afirmou, em tom de deboche, que, “em breve, não mais distinguiremos domingo de segunda”.

IX - A CARGA HORÁRIA SEMANAL E OS SALÁRIOS DE PROFESSORES PODEM SER REDUZIDOS POR DECISÃO UNILATERAL DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO?

Em uma palavra, a resposta é não!

O Art. 7º, VI, da CF, admite a redução salarial somente por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho; em nenhuma outra hipótese.

O TST, nos termos da Orientação Jurisprudencial (OJ) 244, admite-os, por ato do estabelecimento de ensino, para os professores, na hipótese de redução de alunos, desde que mantido o valor aula. A referida OJ dispõe:

244. PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. POSSIBILIDADE (inserida em 20.06.2001) A redução da carga horária do professor, em virtude da diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual, uma vez que não implica redução do valor da hora-aula.

Colhe-se da redação dessa OJ que eventual redução de carga horária somente é possível, quando comprovadamente ocorrer diminuição de alunos; o que, de plano, desautoriza a crescente manobra de centenas de estabelecimentos de ensino, básico e superior, de juntar várias turmas, em uma só; com isso, buscando a redução de custos e justificativa para redução de carga horária de seus professores.

Ademais, é preciso considerar que algumas LDBs estaduais, como a de Goiás, com base no Art. 25, da LDB nacional, estabelecem limites para o número de alunos por sala; bem assim o fazem algumas CCTs.

A Lei Complementar N. 26/1998, que é a LDB goiana, em seu Art. 34, estipula:

Art. 34. A relação adequada entre o número de alunos e o professor, na rede pública e na educação infantil e ensino fundamental da rede privada deve levar em conta as dimensões físicas das salas de aula, as condições materiais dos estabelecimentos de ensino, as necessidades pedagógicas de ensino e aprendizagem, visando à melhoria da qualidade do ensino e, também, ao máximo de:

- Redação dada pela Lei Complementar nº 85, de 19-04-2011.

- a) 25 alunos para a pré-escola;
- b) 30 alunos para as duas primeiras séries do ensino fundamental;
- c) 35 alunos para as terceiras e quartas séries do ensino fundamental;
- d) 40 alunos para as quinta a oitava séries do ensino fundamental e para o ensino médio.

§ 1º - Os critérios para definição da relação do número de criança/adulto serão, nas creches, definidos pelo Conselho Estadual de Educação.

§ 2º - Estabelece-se como critério, para a definição das dimensões físicas adequadas, o espaço de 1,2m² e 2,5m² para o professor, ressalvando-se os limites acima.

§ 3º No ensino médio, da rede privada, a relação adequada entre o número de alunos e o professor atenderá aos requisitos constantes do caput e, também, ao máximo de 50 (cinquenta) alunos.

- Acrescido pela Lei Complementar nº 85, de 19-04-2011.

§ 4º A fim de implantar o requisito constante do § 3º deste artigo, os estabelecimentos de ensino terão 05 (cinco) anos de prazo para se adequarem.

- Acrescido pela Lei Complementar nº 101, de 22-05-2013.

X - HAVENDO DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE ALUNOS, A REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA É ILIMITADA?

Não! Tal assertiva é impossível, por várias razões, com destaque para as seguintes:

I - de acordo com o Art. 421, do CC, “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”;

II - já o Art. 422, igualmente do CC, determina que: “ Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”;

III - o Art. 9º, da CLT, estabelece: “- Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”; e

IV - o Art. 468, também da CLT, estipula: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e

ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

Desse modo, qualquer redução de carga horária que não se ampare em diminuição de alunos e que não observe a função social do contrato e os princípios da probidade e da boa-fé, é nula de pleno direito.

Com isso, não se admite redução de carga horária que esvazie o contrato de trabalho e o torne insustentável; em casos que tais, o professor poderá requerer rescisão de contrato por justa causa do empregador (rescisão indireta), por descumprimento de obrigações do contrato, conforme Art. 483, alínea ‘d’, da CLT.

XI - O SALÁRIO-AULA PODE SER REDUZIDO?

Somente em uma hipótese é admitida a redução do salário-aula: convenção ou acordo coletivo, conforme Art. 7º, VI, da CF; individualmente, não é admitida, por nenhum modo.

O Art. 468, a proíbe; a OJ 244, do TST, acima comentada, e a Lei N. 14020/2020 - resultante da conversão da medida provisória (MP) 936 -, que trata de redução de jornada e salário e suspensão do contrato de trabalho, igualmente não a admitem.

XII - É LEGAL A CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR COMO PESSOA JURÍDICA, A CHAMADA PEJOTIZAÇÃO?

Essa modalidade de contratação de professor, a toda evidência, tem como finalidade negar-lhe os direitos fundamentais sociais, assegurados pela CF, pela CLT e por instrumentos normativos (convenções e acordos coletivos). Por isso, caracteriza-se como fraude à legislação trabalhista, vedada pelos Arts. 9º e 444, da CLT, que estabelecem:

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não

contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

A jurisprudência do TST segue firme no sentido de tomar como determinante, nas relações de trabalho, o conjunto fático, pouco importando a denominação que se dê a elas; esse conjunto fático é por ele denominado como contrato realidade.

Com base no contrato realidade, sempre que, nas relações de trabalho, se fizerem presentes os elementos constitutivos do vínculo empregatício, enumerados pelo Art. 3º, da CLT, notadamente a subordinação jurídica, como salta aos olhos, na chamada pejetização, deve ser afastada a forma fraudulenta de contratação, fazendo-se prevalecer a condição de empregado.

Corroboram essa assertiva os julgados do TST, aqui, enumerados:

(...) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE UNICIDADE CONTRATUAL. DISPENSA FRAUDULENTA. IMEDIATA CONTRATAÇÃO COMO PESSOA JURÍDICA PARA O DESEMPENHO DAS MESMAS FUNÇÕES. 'PEJOTIZAÇÃO'. PERCEPÇÃO DE VERBAS RESCISÓRIAS. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE AO RECONHECIMENTO DA UNICIDADE CONTRATUAL. 1.

O artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao fixar regra para a contagem do tempo de serviço do empregado na empresa em períodos descontínuos, excetua, expressamente, o caso de recebimento de indenização legal. Referida indenização, contudo, não se confunde com a percepção de verbas rescisórias em face de rescisão contratual fraudulenta. 2. No caso concreto, foi reconhecida a prática simulada denominada 'pejotização', tendo sido o reclamante dispensado do emprego e imediatamente recontratado como pessoa jurídica, sem qualquer alteração das condições de trabalho - o que, em observância ao princípio da primazia da realidade, autoriza a descaracterização da relação contratual autônoma e o reconhecimento da continuidade da prestação laboral sob vínculo empregatício. RR-137600-42.2006.5.01.0053, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 12/06/2015.

EMBARGOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. INSTRUTOR DE IDIOMAS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. APLICAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS DA CATEGORIA DOS PROFESSORES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE.

Discute-se, no caso, se, para o reconhecimento do enquadramento do empregado como professor e consequente aplicação das normas coletivas da categoria dos professores, seria imprescindível a habilitação legal e o registro no Ministério da Educação. No caso dos autos, ficou expressamente consignado que a reclamante lecionava inglês no curso de idiomas reclamado, mas não tinha habilitação legal para desempenhar a profissão de professora de inglês nem registro no Ministério da Educação. A não observância de mera exigência formal para o exercício da profissão de professor, no entanto, não afasta o enquadramento pretendido pela reclamante. A primazia da realidade constitui princípio basilar do

Direito do Trabalho. Ao contrário dos contratos civis, o contrato trabalhista tem como pressuposto de existência a situação real em que o trabalhador se encontra, devendo ser desconsideradas as cláusulas contratuais que não se coadunam com a realidade da prestação de serviço. De acordo com os ensinamentos de Américo Plá Rodriguez, o princípio da primazia da realidade está amparado em quatro fundamentos: o princípio da boa-fé; a dignidade da atividade humana; a desigualdade entre as partes contratantes; e a interpretação racional da vontade das partes. Destaca-se, aqui, a boa-fé objetiva, prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, que deve ser observada em qualquer tipo de contrato, segundo a qual os contratantes devem agir com probidade, honestidade e lealdade nas relações sociais e jurídicas. E, ainda, a interpretação racional da vontade das partes, em que a alteração da forma de cumprimento do contrato laboral, quando esse é colocado em prática, constitui forma de consentimento tácito quanto à modificação de determinada estipulação contratual. Diante disso, tem-se que, no caso dos autos, não se pode admitir, como pressuposto necessário e impeditivo para o enquadramento do empregado na profissão de professor, a habilitação legal e o prévio registro no Ministério da Educação. Evidenciado, portanto, na hipótese dos autos, que a reclamante, efetivamente, exercia a função de professora, não é possível admitir que mera exigência formal, referente à habilitação e ao registro no Ministério da Educação, seja óbice para que se reconheçam a reclamante os direitos inerentes à categoria de professor. Embargos conhecidos e providos. (E-RR-8000-71.2003.5.10.0004, Redator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 07/06/2013)

RECURSO DE EMBARGOS. PROFESSORA. CONTRATAÇÃO COMO TÉCNICA DE ENSINO. PRIMAZIA DA REALIDADE: PRIMADO DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA. OBSERVÂNCIA DA LEALDADE E DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA EXECUÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

Independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado - professor, instrutor, técnico - é a realidade do contrato de trabalho que define a função de magistério e, por consequência, a categoria diferenciada de docente. É sabido que o contrato de trabalho é um contrato realidade, e portanto é a execução cotidiana das funções, objetivamente realizadas, durante o curso da relação de trabalho que determina qual a função exercida pelo empregado (e que determina a realidade do contrato), conforme disposto no já mencionado artigo 3º consolidado. Sendo assim, em havendo divergência entre o trabalho realizado pelo empregado e a dos termos firmados no contrato de trabalho, prevalece o primado da realidade sobre o pactuado. A regra é corolário da realidade que permeia o contrato de trabalho em sua execução, ou seja, do primado da substância sobre a forma. Ademais, o artigo 422 do Código Civil trata do princípio da boa-fé na celebração dos contratos, de aplicação analógica ao caso em tela. O dispositivo versa sobre a boa-fé, não subjetiva, como a que cuidava o Código Civil de 1916, mas objetiva que impõe aos contratantes, e a todos aqueles que realizam ou participam do negócio jurídico, o dever de honestidade e lealdade que deve permear as relações sociais e jurídicas, respeitadas a confiança e a probidade no agir dos sujeitos de direito. Esse princípio, a partir da promulgação do novo Código Civil, é de observância obrigatória não apenas nas interpretações do Direito Civil, mas em todas as relações jurídicocontratuais. Assim sendo, correta a decisão da c. Turma que entendeu por manter o enquadramento da autora, que ensinava inglês, como professora. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-RR-70000-

XIII - É POSSÍVEL A TERCEIRIZAÇÃO DO ENSINO?

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do recurso extraordinário (RE) 958252, em junho de 2018, por 7 votos a 4, firmou a seguinte tese, com repercussão geral, ou seja, válida para todos os casos: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Por essa decisão do STF, em tese, é possível a terceirização do ensino. Todavia, essa possibilidade esbarra em óbices legais e fáticos que, na prática, tornam-na inviável.

A Lei N. 13429/2017, que escancarou a terceirização para todas as atividades, inclusive a atividade fim, como é o caso do ensino, acrescentou o Art. 4-A, à Lei N. 6019/1974 - que, até então, regulamentava a terceirização -, com a seguinte redação:

Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços; [...]

Nos termos desse Art., a empresa contratada, no caso concreto, por algum estabelecimento de ensino, contrata, remunera e dirige o trabalho dos professores por ela empregados; não podendo a direção do estabelecimento de ensino exigir subordinação dos professores terceirizados, sob pena de o vínculo empregatício formar-se com ela, e não com a prestadora de serviços.

Ora, não há como compatibilizar as competências dos professores, definidas pelo Art. 13, da LDB, bem como o cumprimento do calendário escolar, com trabalho terceirizado. O Art. 13, da LDB, estabelece:

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

III - zelar pela aprendizagem dos alunos;

IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento;

V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional;

VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.

Tomando-se por base o que preconiza esse Art. da LDB, não se vislumbra a possibilidade do cumprimento das atribuições docentes, nele estabelecidas, sob a responsabilidade do estabelecimento de ensino, por professores contratados e dirigidos por empresas prestadoras de serviços.

Assim sendo, ou o estabelecimento de ensino terceiriza, além da prestação de serviços, a própria gestão do ensino, ou assume a responsabilidade pelo vínculo com os professores que a ela prestam serviços, ainda que por contrato com empresas prestadoras de serviço.

Ao debate!