

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Flavia da Silva Alves

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE
DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Flavia da Silva Alves

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação da Profa. e Dra. Iratelma Cristiane Martins Mendes.

São Paulo

2018

Banca Examinadora

Agradecimentos

Agradeço à Deus, pela saúde e disposição que permitiram a realização este trabalho; a Profa Iratema Cristiane Martins Mendes pelas orientações, paciência, carinho e atenção durante esta jornada de estudos e a meu companheiro Rafael Marques pela compreensão nas ausências que se fizeram necessárias no curso desta jornada.

RESUMO

O tema é de expressiva relevância para o Direito do Trabalho devido a recém reforma da consolidação das leis do trabalho e diante da controvérsia que se instala acerca de diversas interpretações sobre a atual legislação.

O estudo visa questionar os principais aspectos do trabalho intermitente, bem como elencar diversas situações ainda não debatidas, cuja legislação demonstra-se omissa, bem como examinar os aspectos constitucionais e formais na aplicação da leis do trabalho diante da divergências oriundas da reforma trabalhista quanto a utilização do contrato de trabalho intermitente.

Objetiva-se examinar os aspectos conceituais do contrato de trabalho, tratando o tema a partir de seu conceito originário, apontando ainda um breve estudo comparado do contrato intermitente, as vantagens e desvantagens desta modalidade de trabalho, a discussão acerca de sua permanência do direito do trabalho, após o ingresso de ações questionando sua constitucionalidade e seus reflexos na previdência, bem como na vida dos empregados e sociedade.

Por fim, esclarece que o presente trabalho foi desenvolvido com base nos métodos bibliográficos dialético, dedutivo e parcialmente indutivo, tomando como fontes a legislação constitucional, infraconstitucional, doutrina, normas de direito internacional e jurisprudência.

Palavra chave: Contrato Intermitente, reflexos, constitucionalidade.

ABSTRACT

The subject is of significant relevance to labor law due to the recent reform of the consolidation of labor laws and the controversy that arises from different interpretations about the current legislation.

This study aims to analyze the main aspects of intermittent employment, as well as to list several situations that have not been debated yet, given that the legislation is absent, as well as to examine the constitutional and formal aspects in the enforcement of labor laws in face of divergences arising from the labor law reform, regarding the use of the intermittent employment contract.

The objective is to examine the conceptual aspects of the employment contract, addressing the subject from its original concept, also presenting a brief comparative study of the intermittent employment contract, the advantages and disadvantages of this modality of employment, the discussion regarding its validity before the constitutional actions that discuss the subject, as well as its reflexes in the society and in social security.

The present study was developed based on the dialectical, deductive and partially inductive bibliographic methods, using as sources the constitutional and infraconstitutional legislation, opinion of jurists, norms of international law and court precedents.

Keyword: Intermittent employment contract, reflexes, constitutionality.

INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho intermitente, invocação decorrente da Lei 13.467/17, vem com o objetivo de trazer para a formalidade trabalhadores que anteriormente não possuíam meios legais de prestar serviços como celetistas, tratando-se de uma modalidade contratual já adotada em diversos países da Europa e nos Estados Unidos, revelando-se como mais um fenômeno da flexibilização das normas trabalhistas.

No Brasil, diferente dos demais países que utilizam esta modalidade contratual, observando que a atual legislação demonstra-se omissa quanto a temas de expressiva relevância no Direito do Trabalho, fazendo com que sua validade e até mesmo constitucionalidade seja questionada.

O presente estudo tem como objetivo traçar os principais aspectos e reflexos da utilização do contrato de trabalho intermitente, bem como elencar os desafios em sua utilização, de modo que se torne harmônico com o ordenamento jurídico brasileiro.

Abordaremos temas polêmicos acerca da observância dos princípios constitucionais e do Direito do Trabalho, rememorando conceitos do contrato de trabalho, aspectos previdenciários, as especificidades do contrato de trabalho intermitentes e os desafios lançados ao interprete do direito, frente a temas com expressiva relevância como estabilidade, não discriminação e garantia do efetivo descanso no período de férias.

Importante destacar que não se pretende que o sistema normativo preveja todas as possibilidades e interpretações desta nova modalidade contratual, mas sim, que sua existência esteja em consonância com as demais normas do ordenamento jurídico, a fim de trazer a segurança jurídica necessária para as empresas e sociedade.

SUMÁRIO

1 CAPÍTULO

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO	9
1.1. Direito Social	11
1.2. Princípios Constitucionais da Isonomia Salarial, não discriminação e o Contrato Intermitente	13

2 CAPÍTULO

2. DEFINIÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO	19
2.1 Conceito Empregado	22
2.2 Conceito Empregador	23
2.3 Salário	25
2.4 Contrato intermitente e o Salário	29

CAPÍTULO 3

3. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE	34
3.1 Conceito	34
3.2 Características	35
3.3 Habitualidade e Subordinação no contrato intermitente	39
3.4 Férias e o contrato intermitente	43
3.5 Análise do Contrato de Trabalho e o Contrato Intermitente	47
3.6 Organização Internacional do Trabalho e o Contrato Intermitente.....	49
3.7 Contrato intermitente e a Seguridade Social	54
3.8 Direito Comparado	59
3.9 Conclusão -Reforma trabalhista e o Contrato intermitente	68
Referências Bibliográficas	74

1.DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é considerado como um direito de primeiro grau, compreendido como um conjunto de direitos fundamentais e uma parte dos direitos humanos, já que as expressões possuem significados diversos.

Amaury Mascaro¹ ensina que Direitos humanos é expressão de matriz *jusnaturalista*, de direito natural. Nesse caso, os direitos do trabalhador teriam de ser compreendidos como direitos existentes *em todos os tempos e acima do direito positivo*, o que não corresponde, na história, à construção do direito do trabalho, que nasceu como decorrência da Revolução Industrial do século XVIII, fruto de período mais recente da história. Como direito fundamental, o direito do trabalho teria de ser direito de todos em todos os lugares, *em certo tempo*. Esses direitos são constitucionais quando incluídos na Constituição de um país. É o enquadramento mais razoável. O direito do trabalho nem sempre existiu, suas leis vigoram por certo tempo até a sua revogação, e em diversos países as principais leis têm nível constitucional. O trabalho humano é um valor, e a dignidade do ser humano como trabalhador, um bem jurídico de importância fundamental.

Os direitos humanos estão inseridos nos princípios constitucionais fundamentais que norteiam o Estado Democrático de Direito e todos os direitos mínimos do homem, sendo o direito do trabalho também um direito social conforme capítulo II, artigo 6º da Constituição Federal.

Vólia Bomfim, preceitua que o Direito do Trabalho é um direito fundamental e um direito humano, sendo este um gênero do qual o direito do trabalho é uma espécie.

Nesse sentido, a análise da legislação trabalhista é realizada sempre a luz da Constituição e dos princípios constitucionais, objetivando valorizar e proteger o direito ao trabalho, as relações de trabalho, a justiça social e a dignidade da pessoa humana, mantendo sempre o equilíbrio com a livre concorrência, sendo

¹ MASCARO, Amaury, Curso de Direito do Trabalho, 26ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 280.

esta a manifestação da liberdade de iniciativa, sem deixar de observar os patamares constitucionais.

Para manter a referida proteção ao trabalho o Estado deverá manter uma política econômica dentro dos princípios da ordem econômica, sem deixar de observar e viabilizar o emprego pleno, que está dentro do capítulo dos princípios gerais da atividade econômica da Constituição no art. 170,VIII.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

VIII - busca do pleno emprego;

Pedro Lenza² defende que os direitos fundamentais não são absolutos e em caso de conflito caberá ao magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima Restrição.

Alexandre de Moraes Desta leciona que quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua³.

No mesmo sentido, a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que "toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei

² LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 20ª ed, Saraiva, 2016, p. 1242

³ MORAES, Alexandre, Direito Constitucional, 13ª ed. 2013, Atlas, p. 594

com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na referida Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração".

1.1 DIREITOS SOCIAIS

Prefacialmente, se faz necessário tecer breves comentários acerca dos Direitos Sociais e fundamentais, que decorrem da perspectiva do Estado Social de Direito, tendo como documentos marcantes a Constituição mexicana de 1917, a de Weimar, na Alemanha, de 1919, e, no Brasil, a de 1934.

Os Direitos Sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal, e por tratar-se de Direitos fundamentais possuem aplicação imediata (CF art5§1), podemos elencar como tais tais Direitos: i) Direito a Educação; ii) saúde; iii) alimentação; iv) trabalho; Moradia; v) transporte; vi) lazer; vii) segurança; viii) previdência social; ix) proteção a maternidade e a infância; x) assistência aos desamparados.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, sendo que “os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos.⁴

O Direito ao trabalho, assim como os demais direitos citados no art.6 da Constituição Federal, visam assegurar a todos uma existência digna, destacando que o art. 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, ressaltamos ainda

⁴ José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, 9 ed, Malheiros, 2014, p. 183.

que o artigo 1º, IV da Constituição Federal tem como fundamento do Estado Democrático de Direito tais temas, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

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

(...)

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

Inúmeros Direitos Sociais decorrem da valoração ao trabalho e defesa de um trabalho digno, sendo este um dos princípios basilares para uma existência dentro de um patamar mínimo de dignidade.

Os Direitos Sociais possuem extrema relevância sob o ponto de vista Constitucional, tanto que o artigo 7º da Constituição Federal estabelece uma série de Direitos sociais individuais.

Insta ressaltar a vedação legal ao retrocesso, evitando o esvaziamento do Direito uma vez que esteja consolidado.

Pedro Lenza leciona que nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, uma vez que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados. No mesmo sentido Canotilho expressa a proibição contrarrevolução social ou evolução reacionária⁵.

Nesse sentido os direitos sociais e econômicos constituem uma garantia Constitucional, não podendo ser reformados ou suprimido.

A título de esclarecimento, importante destacar que a função social da propriedade visa estabelecer um equilíbrio entre o acúmulo de lucro e a dignidade do trabalhador, uma vez que nossa Constituição Federal estabelece os princípios gerais da atividade econômica, eu se funda na valorização do trabalho e da livre

⁵ LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 20ª ed, Saraiva, 2016, p. 1408.

iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna me busca da justiça social, defendendo ainda a busca do pleno emprego (art. 170. VIII).

Mauricio Godinho leciona que nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do país, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontrolláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais.⁶

1.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA SALARIAL, NÃO DISCRIMINAÇÃO E O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A simples análise da palavra isonomia, traz por si, seu real significado, pois “isonomia” provém das partículas gregas *isso que significa* igual e *nomos significa* norma, sinalizando a existência de fonte normativa tendente a estabelecer a igualdade no plano salarial. No âmbito salarial, a isonomia parte de uma evidência muito simples: *o exercício das mesmas funções pressupõe a atribuição da mesma dimensão salarial*. Quanto a esta afirmativa, Celso Antonio Bandeira de Mello, ressalva a possibilidade de diferença salarial se houver “justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”⁷.

A palavra salário deriva do latim, *salarium* que teve origem na palavra *salis*, que significa sal, que era a moeda oferecida pelo romanos para pagar seus domésticos e soldados das legiões romanas, muitos tratam o salário como contraprestação, retribuição, destacando que algumas categorias possuem nomenclaturas específicas como o aposentado que recebe provento, funcionário público recebe vencimento, magistrado recebe subsídio, profissional liberal honorários, militar o soldo, chefes religiosos a cônica, etc.

⁶ GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015, p. 486

⁷LUCIANO Martinez menciona BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo:Malheiros, 2007, p. 38.

A Isonomia salarial visa a igualdade no sentido de não oferecer salário diferente para quem realiza a mesma função, salvo as situações em tais distinções sejam justificáveis, considerando ainda os elementos subjetivos como a experiência ou formação técnica.

É assegurado a aplicação deste princípio pela Constituição Federal em seus artigos 5º caput; art. 3º e incisos I, III e IV; art 7º e incisos XXX, XXXI e XXXII.

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

“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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)”.

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

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

(...)”.

Ressalta-se que essa proteção está inserida no rol de direitos fundamentais, tornando inviável sua exclusão por meio da legislação infraconstitucional.

Diante de tal proteção, o referido princípio limita o poder diretivo do empregador e do Estado, protegendo a igualdade prevista na constituição, haja vista que com sua inexistência o empregador poderia atribuir salário a seus empregados conforme sua conveniência.

O princípio da igualdade salarial incorporou-se ao direito positivo de diversos países aproximadamente em 1919, com a constituição de Weimar da Alemanha, com o tratado de *versales*. Integrou ainda a declaração universal de direitos do homem aprovada pela assembleia geral das nações unidas em 1948, o qual o Brasil foi signatário, entre outros dispositivos legais nacionais e internacionais que versam sobre o tema.

O tema foi objeto de estudo do VII Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho do ano de 1999, sob a coordenação do Prof. Amaury Mascaro que estudou a discriminação no emprego, e chegou aos seguintes números relativos aos temas pesquisados, considerando como fonte da pesquisa os participantes do congresso: 86% entendem que a legislação trabalhista brasileira é ineficaz contra a discriminação no emprego. Quanto ao fator de maior discriminação no trabalho, seguem os percentuais: Idade – 51%; Sexo 15 %; Raça 12%; Deficiência física 22 %⁸.

Não obstante a proteção constitucional do princípio da isonomia salarial o Prof. Pedro Paulo Manus⁹ dispõe que em termos legais, sua regulamentação deixa muito a desejar, pois inúmeros elementos causadores de discriminação ainda não foram regulamentados, o que impede o princípio da aplicação da isonomia salarial em sua plenitude.

Feitos estes breves esclarecimentos, ainda que sucintos, vamos adentrar ao tema da distinção entre a não discriminação e isonomia, por entendermos importante estabelecer a diferença de tais conceitos, em pese ambos objetivem a busca da igualdade nas relações de uma forma abrangente. Oportuno dizer que a diferenciação de tais conceitos não é pacífica na doutrina.

Mauricio Godinho¹⁰ conceitua discriminação como a conduta pela qual se nega a alguém em função de fator injustamente desqualificante, tratamento

⁸ Os dados relativos à pesquisa realizada pelo Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho foram publicados na Revista LTR, ano 63, n.4, São Paulo, 1999, p.438.

⁹ Pedro Paulo Manus, apud , Fabíola Marques em Equiparação Salarial, 2015, LTR, p.19.

¹⁰ GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015; p. 861.

compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio rejeita validade jurídica a essa conduta discriminatória.

Amaury Mascaro, conceitua a discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado, revelando escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores¹¹.

Não é pacífica a diferenciação entre o princípio da não discriminação e isonomia, contudo, Mauricio Godinho defende que não são conceitos efetivamente idênticos, sendo que o princípio da não discriminação é princípio de proteção, de resistência, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto labora sobre um piso de civilidade que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas.

Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso, ela ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante. A isonomia vai além, podendo seu comando igualizador resultar de mera conveniência política, cultural ou de outra natureza (embora estas também sejam importantes, é claro), sem comparecer no caso, fundamentalmente para assegurar um piso mínimo de civilidade para as relações entre as pessoas.

Analisando a Legislação vigente, observamos que são inúmeras as possibilidades de discriminação no contrato de trabalho intermitente, isso porque

¹¹ MASCARO, Amaury, Curso de Direito do Trabalho, 26ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 732.

restam pendentes regras que visem obstar o tratamento desigual entre empregados de sexo oposto, como por exemplo a discriminação do trabalho da mulher gestante, pessoa com deficiência, entre outros, já que não existe qualquer garantia que ao adquirir tal condição a mulher passe a não ser mais convocada para a prestação de serviços, única e exclusivamente em razão da gestação.

O art. 170 da Lei Magna declara como base da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, mas, ao mesmo tempo, o direito de não ser discriminado também encontra ampla fundamentação no direito internacional e interno.

O empregador tem o dever de viabilizar o tratamento não discriminatório no ambiente de trabalho, haja vista que durante o vínculo de trabalho tal prática poderá resultar em rescisão indireta do contrato de trabalho, pagamento de indenizações além de viabilizar a interferência dos órgãos de proteção do Trabalho como o Ministério do Trabalho e Emprego.

Quando analisamos os direitos sociais e o princípio da não discriminação sob a ótica do trabalho intermitente, observamos afronta a alguns dispositivos constitucionais entre eles o artigo 7º, I e IV, destacando a não observância da garantia do salário mínimo para os que recebem remuneração variável, bem como a ausência de norma protetiva a mulher e a não concessão do seguro desemprego a esta modalidade de contrato, destacando-se que o pagamento do salário mínimo é uma garantia constitucional, reconhecida por diversos julgados, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, não nos parece atender a observância dos critérios isonômicos o pagamento do mesmo salário (mínimo ou piso convencional) pago aos empregados que atuam na jornada de 44 horas semanais, para o trabalhador com contrato intermitente que laborou efetivamente naquele mês um número de horas inferior as prestadas pelos demais empregados. Nesta hipótese teríamos empregados sujeitos ao mesmo tipo de trabalho com jornadas distintas recebendo a mesma contraprestação salarial.

Nessa leitura, defende-se que a Constituição Federal ao tratar do salário dos incisos IV e V do art. 7^o¹², está se referindo a valor salarial para remunerar a jornada prevista no inciso XIII¹³ do mesmo dispositivo, permitindo assim o pagamento de valores inferiores para jornadas inferiores a prevista legalmente, conforme teor da Orientação Jurisprudencial 358, que até o momento não foi considerada inconstitucional.

Por fim, entende-se que o princípio da isonomia é mais amplo e abrangente quando comparado ao princípio da não discriminação e utilizamos a frase do jurista Plá Rodrigues para concluir que *“Afinal, o Direito não visa proibir todas as diferenças, mas só as diferenças injustificadas, que costumam ser identificadas pela palavra discriminação”*.

¹² Constituição: Art. 7^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) V - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

¹³Constituição: art 7^o (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

2.DEFINIÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

O Contrato de trabalho é um acordo entre as partes, podendo ser tácito ou expresso o qual restam ajustados os direitos e obrigações do pacto laboral, definido na CLT no artigo 442.

Para Vólia Bomfim Cassar, o contrato de trabalho constitui espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral, pois é um acordo de vontades que, na conformidade da ordem jurídica, estabelece uma regulamentação de interesses entre as partes, com o objetivo de criar, modificar, extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.¹⁴

O conceito legal disposto no artigo 442 da CLT define o contrato individual de trabalho como “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Assim, a relação de emprego constitui-se com a leitura dos em conjunto dos artigos 2º e 3º da CLT.

O contrato de trabalho deve ser construído a partir dos elementos fáticos e jurídicos que compõem a relação empregatícia que conforme Mauricio Godinho Delgado, define como um negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços.¹⁵

Considerando que o contrato de trabalho é um negócio jurídico, ele deve ser analisado sob três diferentes aspectos: (i) Existência; (ii) Validade e (ii) Eficácia, os elementos essenciais são aqueles imprescindíveis à formação da figura jurídica contratual. Sua ausência ou irregularidade pode comprometer a própria existência ou validade do contrato, sendo necessário observar a Capacidade das Partes; Licitude do Objeto; C) Forma Prescrita ou Não Defesa; Manifestação da Vontade.

¹⁴ CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. 10ª ed. São Paulo: Método, 2014, p.527.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 559.

Vale ressaltar que os contratos devem ser certos e determinados, colocando em cheque o conceito do contrato de trabalho intermitente por não prever o pagamento salarial mínimo, não estabelecer textualmente qual será a jornada de trabalho fixa, trazendo a incerta a relação de emprego, já que inexistente a obrigação de contrapartida por parte da empresa.

Parte da doutrina já se posiciona no sentido de que o contrato intermitente é uma forma utilizada pela empresa para reduzir custos, burlar direitos, rejeitar a dignidade dos trabalhadores, desprezando a valorização social do trabalho, tornando este contrato nulo, vez que viola frontalmente os termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim estabelece:

Artigo 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.

Outro ponto importante a se destacar é a inaplicabilidade da OJ358, já que nesta modalidade de contrato de trabalho não há que se falar em jornada mínima pré-estabelecida, assim, inexistente qualquer dispositivo legal que garanta o pagamento do salário mínimo ou piso salarial aos colaboradores.

OJ 358. SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE (DJ 14.03.2008)
“Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.” (sem os destaques no original).

Tais esclarecimentos iniciais se fazem necessários, tendo em vista a análise da validade do contrato de trabalho intermitente frente aos conceitos já consolidados na doutrina. O contrato de trabalho intermitente possui natureza de contrato de emprego por prazo indeterminado, contudo, não poderá ser acordado tacitamente.

Observamos que com exceção do acidente de trabalho as demais garantias de emprego padecem de maiores preceitos legais, pois não sabemos como serão tratadas as questões vinculadas a garantia especial de emprego, tais

como a estabilidade pré-aposentadoria (geralmente prevista em convenção coletiva de trabalho), estabilidade gestacional, questões vinculadas a comissão interna de prevenção de acidentes, cota de PCDs, ou seja, quais serão os meios para garantir a não discriminação destes trabalhadores.

Algumas garantias legais inviabilizam qualquer tentativa de ruptura do contrato antes do término da estabilidade percebida, contudo, neste contrato, não vislumbramos efeito prático, ante a inexistência de obrigação de convocar o colaborador para prestar serviços durante o período da estabilidade, haja vista a natureza transitória da prestação de serviços do contrato intermitente.

Quanto as verbas rescisórias, pode-se elencar que em um contrato por prazo indeterminado será devido: (i) aviso-prévio proporcional de, no mínimo, 30 dias, nos termos da Lei 12.506/2011, projetado no pacto de emprego; (ii) multa de 40% sobre o FGTS recolhido durante todo o pacto contratual; (iii) indenização adicional do art. 9º da Lei 7.238/1984; (iv) férias proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional; (v) 13º salário proporcional; e (vi) liberações de depósitos em conta vinculada do FGTS e direito ao recebimento do seguro desemprego.

No contrato intermitente o Art. 452-E prevê que ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483 (Justa causa empregado e empregador), na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas pela metade o aviso prévio indenizado e a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e na integralidade, as demais verbas trabalhistas, limitando ainda a movimentação da conta de FGTS em 80%, não autorizando o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego, considerando a média de remuneração o valor recebido no curso do contrato dos meses dos últimos dois meses, ou no período de vigência do contrato. Observamos que na modalidade de contrato de trabalho intermitente, embora trate-se de contrato indeterminado, seus efeitos para fins de rescisão são mitigados, conforme preceitua o artigo 452-E, *in verbis*:

Art. 452-E. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho

intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

I - pela metade: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F; e (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; e (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 1º A extinção de contrato de trabalho intermitente permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, limitada a até oitenta por cento do valor dos depósitos. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 2º A extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

A Teoria geral dos contratos dispõe que todo contrato deve ser determinado e certo, assim, a problematização do contrato intermitente reside no fato da incerteza acerca do período que deverá trabalhar, bem como o valor da remuneração mínima que receberá a cada mês trabalhado, isso, se ocorrer convocação naquele mês, nesse sentido, entende-se que o contrato intermitente torna questionável duas cláusulas do contrato de trabalho, que deveria ser certo e determinado, demonstrando desigualdade entre os contratantes.

2.1 CONCEITO EMPREGADO

Vólia Bomfim, conceitua em linhas gerais o empregado como sujeito prestador do trabalho, vale dizer, aquele que pessoalmente, sem auxílio de terceiros, despende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso. Assim, diante desse conjunto de caracteres — pessoalidade, não eventualidade, não assunção dos riscos, subordinação e onerosidade —, “considera-se empregado toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste

e mediante salário” (art.3º da CLT)¹⁶. O conceito trazido pela legislação é incompleto, já que não aborda os cinco elementos que constituem a relação de emprego.

Mauricio Godinho¹⁷ no mesmo sentido leciona que empregado é toda pessoa natural que contrate tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador a este efetuados por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

O conceito é importante uma vez que desta relação nasce o *animus contrahendi* que traduz a intenção de se vincular, conferindo a presunção de salário ou onerosidade entre as partes, destacando que o empregado não se distingue de outros trabalhadores em virtude do conteúdo da prestação de serviços e sim em razão dos elementos que formam ou não o vínculo de emprego.

2.2 CONCEITO EMPREGADOR

O artigo 2º¹⁸ da CLT define empregador como aquele que assume o risco do negócio, admitindo, assalariando e dirigindo a prestação de serviços.

O texto da Lei traz um elemento objetivo no que se refere ao conceito de empregador, que é a necessidade do salário, tal como para o empregado, ao expressar a necessidade da onerosidade para a relação de emprego.

Mauricio Godinho ensina que para se caracterizar o conceito de empregador, basta que se configure o conceito de empregado, formado pela pessoalidade, onerosidade, pessoa física, habitualidade e subordinação, assim,

¹⁶ CASSAR, Vólia Bomfim, Curso de Direito do Trabalho, 11ª edição, São Paulo, Ed. Método, 2015, p. 326

¹⁷ GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015; p.379.

¹⁸ 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.

verificado os cinco elementos, analisa-se apenas o sujeito que tomou os serviços empregatícios, sendo este o principal empregador¹⁹.

Constada a relação de emprego e por sua vez a identificação de um empregador, a ordem *justralhista* determina a ocorrência de alguns efeitos jurídicos universais sobre essa figura do empregador. Mauricio Godinho²⁰ defende que não são elementos constitutivos da figura do empregador, mas sim efeitos jurídicos decorrentes de sua existência, sendo eles a sua despersonalização, para fins *justralhistas* e sua assunção dos riscos do negócio do próprio trabalho contratado.

A despersonalização permite que o polo passivo da relação *justralhista* seja alterado, desconsiderando a personalidade, sem prejuízo da continuidade do contrato de trabalho, ocorrendo comumente nas sucessões de empresas, trata-se de um fator relevante para a desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto a assunção dos riscos, destacamos que consiste na circunstância de impor ao empregador todos os ônus e riscos decorrentes da atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado, incluindo as condições do estabelecimento e segurança para o desempenho da função, essa característica também é conhecida por alteridade. O artigo 2º da CLT se refere ao tema responsabilizando o empregador pelos riscos da atividade econômica, impondo ao empregador o risco do negócio e aqueles que decorrem de sua execução.

Mauricio Godinho destaca a existência de divergência doutrinária acerca desse efeito jurídico específico. Existem posições interpretativas que entendem que esse risco não se estende a todo e qualquer empregador, mas somente aos que desempenham atividade rigorosamente econômica, lucrativa, ante a existência de

¹⁹ GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015, p. 433, citação indireta, texto baseado na obra do autor consultado.

²⁰ Ibid, p. 433.

empregadores que possuem atividades não lucrativas. Ao se referir à ideia de riscos, o que pretende a ordem *justralhista* é traduzir a ideia de responsabilização do empregador pelos custos e resultados do trabalho prestado, além da responsabilização pela sorte de seu próprio empreendimento (se se tratar de empregador vinculado a atividade econômica). Desse modo o princípio da assunção dos riscos efetivamente aplica-se mesmo àqueles empregadores que não exerçam atividade de natureza econômica, para os quais o trabalho não emerge como fator de produção (empregador doméstico; empregado público; entidades beneficentes, etc.)²¹

O principal objetivo desta regra visa evitar que os prejuízos e riscos sejam distribuídos aos empregados, nossa legislação prevê algumas possibilidades de atenuar os referidos riscos em razão de eventos de força maior, todavia, tratam-se de exceção voltadas a manutenção do emprego em situações excepcionais ou de crise que não devem ser utilizadas como regra ou como modalidade contratual.

2.3 SALÁRIO

O Direito ao salário trata-se de direito fundamental, sendo o meio de manter a subsistência do trabalhador com a finalidade de manter uma existência digna, viabilizando um ganho honesto para o sustento de sua família.

Mauricio Godinho defende que o salário é o conjunto de parcelas contra prestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho. Trata-se de um complexo de parcelas (José Martins Catharino) e não de uma única verba. Todas têm caráter contraprestativo, não necessariamente em função da precisa prestação de serviços, mas em função do contrato (nos períodos de interrupção, o salário continua devido e pago); todas são também devidas e pagas (literalmente pelo empregador, segundo o modelo referido pela CLT (art. 457, caput) e pelo conceito legal de salário mínimo (art. 76 da CLT e leis do salário mínimo após 1988)²².

²¹ GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015, p. 437

²² Ibid.p. 760

Existem quatro correntes principais para classificar o salário, sendo a primeira considerada ultrapassada, por considerar que o trabalho era mercadoria, atribuindo ao salário o conceito de preço do trabalho; na segunda o salário é considerado como indenização paga ao empregado, corrente também ultrapassada, uma vez que o conceito de indenização visa a existência de dano que não deverá ser presumido pela existência do trabalho; terceira vertente defende que o salário tem natureza alimentar, por ser indispensável para a sobrevivência do trabalhador a última corrente que é majoritária, defende que o salário consiste no dever de retribuição, em razão do caráter sinalagmático, comutativo e oneroso do contrato.

Vólia Bomfim discorda da corrente majoritária tendo em vista que por vezes o salário é concedido mesmo na ausência de contraprestação, como no caso dos 15 primeiros quinze dias da doença e do acidente, no aviso prévio não trabalhado, nas férias, nos dias de feriados e repousos semanais, e defende que a natureza jurídica do salário é de direito do empregado ao respectivo pagamento em virtude da existência do contrato de trabalho, tirando assim, seu caráter sinalagmático, defende que salário é toda contraprestação ou vantagem em pecúnia ou em utilidade devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude do contrato de trabalho. É o pagamento direto feito pelo empregador ao empregado pelos serviços prestados, pelo tempo à disposição ou quando a lei assim determinar.²³ Decorrendo assim da existência de um contratado de trabalho.

O artigo 457 da CLT²⁴ preconiza que salário é contraprestação pelo trabalho, assim, três teorias visam definir essa contraprestação, sendo o efetivo trabalho prestado, o tempo em que o trabalhador permanece disponibilidade para o trabalho e o salário como contraprestação do próprio contrato de trabalho em si.

²³ CASSAR, Vólia Bomfim, Curso de Direito do Trabalho, 11ª edição, São Paulo, Ed. Método, 2015, p. 806.

²⁴ Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

O salário poderá ser acertado de acordo com a unidade de tempo, em geral sendo acertado por hora, dia, semana ou meses e por unidade de produção, o trabalhador e contratado para uma carga horária pré-definida, desde que respeite os limites legais. O salário por unidade de produção é a modalidade em que o salário é definido pela produção obtida, geralmente percentuais incidentes sobre o volume de vendas ou participações prefixadas, como no caso do comissionista. Vale ressaltar que ao comissionista puro, será garantido o pagamento do salário mínimo em respeito ao artigo 7º,VII²⁵ da Constituição Federal, que garante o pagamento de salário, nunca inferior ao mínimo legal para aqueles que recebem remuneração variável, no mesmo sentido dispõe o artigo 78 da CLT²⁶, ressaltando ainda o teor da Lei 8.716 de 11 outubro de 1993 que dispõe sobre a garantia do salário mínimo.

O Salário mínimo é visto como meio de viabilizar o mínimo necessário para a existência do ser humano, previsto no artigo 7º da Constituição Federal.

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

IV — salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Uma ressalva ao pagamento do salário mínimo refere-se aos jovens que prestam serviço militar obrigatório, por não serem considerados trabalhadores na acepção do Art. 7º,IV, da CF, nesse sentido produziu-se a sumula vinculante nº6 do STF.

²⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

²⁶ Art. 78 - Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona. Parágrafo único. Quando o salário-mínimo mensal do empregado a comissão ou que tenha direito a percentagem for integrado por parte fixa e parte variável, ser-lhe-á sempre garantido o salário-mínimo, vedado qualquer desconto em mês subsequente a título de compensação.

STF, Súmula Vinculante 6: Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para os praças prestadores de serviço militar inicial.

Faz-se necessário diferenciar o conceito de salário vital e salário justo.

O salário vital visa proporcionar que as necessidades básicas dos seres humanos sejam atingidas, são os patamares mínimos constantes nas leis ou por convenção coletiva, neste último documento, pode-se identificar salários que ultrapassam as necessidades vitais já que decorre de acordo entre as partes.

O salário justo é aquele que se vincula a contraprestação de acordo com o real valor do trabalho, não visa viabilizar necessidades mínimas, mas sim, retribuir o serviço prestado por um critério de justiça social.

Amauri Mascaro leciona que as raízes históricas do princípio do salário justo são encontradas na reação do pensamento humano que seguiu à Revolução Industrial do século XVIII e o liberalismo filosófico, político e econômico da Revolução Francesa de 1789. Significa, na sua mais ampla expressão, um protesto e uma contestação contra a ordem trabalhista vigente e os conceitos de trabalho como mercadoria e salário como preço dessa mercadoria²⁷.

Temos ainda a ideia do salário mais-valia, defendida pelo marxismo, defende que a contraprestação paga ao trabalhador que seria decorrente do salário justo, não corresponde ao seu trabalho, e que tal objetivo somente seria alcançado por meio da supressão da propriedade privada e a instauração de uma sociedade sem classes, sem Estado, assim, a propriedade dos bens de produção seriam de todos. Nesse caso vislumbramos que o pensamento vai de encontro ao sistema capitalista, ainda que se considere que nosso capitalismo é social.

²⁷ MASCARO, Amaury, Curso de Direito do Trabalho, 26ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p. 814.

2.4 CONTRATO INTERMITENTE E O SALÁRIO

O Contrato de trabalho intermitente por sua característica viabiliza a existência do contrato de trabalho sem que seja pré-definido o valor do salário, pois dispõe apenas acerca da necessidade de acordar o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Essa modalidade contratual vai de encontro a inúmeros preceitos legais, entre eles a garantia do mínimo existencial prevista na constituição no artigo 7º,IV, da Constituição e cria novos conceitos de duração de trabalho e tempo de disponibilidade do empregado em face de seu empregador, frente aos disposto do art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

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

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Mauricio Godinho ressalta que a noção de salário sofre tentativa de desestruturação pela Lei da Reforma Trabalhista: conceituado como a parcela contra prestativa devida e paga pelo empregador a seu empregado em virtude da existência do contrato de trabalho, a verba salarial pode ser por unidade de tempo (salário mensal fixo - o tipo mais comum de salário), por unidade de obra (salário mensal variável, em face de certa produção realizada pelo obreiro), ou por critério misto (denominado salário-tarefa, que envolve as duas fórmulas de cálculo)²⁸.

²⁸ GODINHO, Mauricio, A Reforma Trabalhista, 1ª edição, São Paulo, LTR, 2017, p. 155.

Por outro lado, a jornada móvel, sem prévia determinação pelas partes dos dias em que o trabalho seria realizado, já foi vista como meio de explorar o trabalho do empregado sem uma contraprestação equivalente, dando ensejo ao pensamento de Maurício Godinho Delgado, *verbis*: Proteções jurídicas contra abusos do empregador: A ordem jurídica trabalhista classicamente tem estruturado uma teia articulada de garantias e proteções ao salário, de modo a viabilizar sua livre e imediata percepção pelo trabalhador ao longo da relação de emprego. Embora o núcleo dessas garantias e proteções dirija-se fundamentalmente às verbas salariais, a legislação e a jurisprudência têm sistematicamente ampliado o âmbito de abrangência do protecionismo construído, de modo a alcançar também parcelas contratuais trabalhistas que não tenham estrita natureza salarial. Grande parte das garantias e proteções, portanto, não obstante elaboradas originalmente em torno da parcela salarial, hoje debruçam-se sobre o conjunto de verbas trabalhistas decorrentes do contrato empregatício formado. Esse articulado sistema de proteção justifica-se socialmente. As verbas salariais, na qualidade de contraprestação principal paga pelo empregador ao obreiro no contexto da relação de emprego atendem a necessidades essenciais do trabalhador, com ser individual e ser social, respondendo em substantiva medida, por sua própria sobrevivência e de sua família. Não é por outra razão que tais parcelas têm se constituído em tema central das lutas trabalhistas nos últimos dois séculos, magnetizando parte expressiva do potencial de articulação²⁹

Vale destacar que a OJ358 do TST prevê como legal o pagamento do salário proporcional aos empregados contratados para o cumprimento de jornada reduzida, ou seja, jornada inferior as 8 (oito horas) diárias ou quarenta e quatro semanais, sendo licito o pagamento com base no efetivo tempo trabalhado, nesse contexto, observamos a permissão para o pagamento conforme a quantidade de horas efetivamente prestadas, em uma análise mais ampla, podemos entender que permite-se o pagamento inferior ao salário mínimo, diante de uma prestação de serviços inferior a jornada de 44 horas semanais.

²⁹ GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015, p. 850.

A interpretação análoga da OJ 358³⁰ embasa alguns argumentos utilizados como meio de afastar a afronta ao artigo 7^o³¹, inciso IV, da Constituição Federal, combinado com o inciso XIII do mesmo dispositivo, que permite a redução da jornada legal por meio de convenção coletiva, ou seja, prestação de serviços inferior a jornada convencional de 44 horas com salário proporcional a este período, ressaltando que o salário mínimo, neste caso, é utilizado como base de cálculo para o cômputo das horas trabalhadas a serem remuneradas.

Nesse sentido, com a finalidade de refutar a utilização da referida modalidade contratual, vista como inconstitucional, a Anamatra (associação dos magistrados) divulgou em 2017 alguns enunciados versando sobre o tema, a fim de chamar a atenção aos preceitos legais que esta modalidade contratual infringe, vejamos:

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE Ementa A PREVISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NOS TERMOS DEFINIDOS NA LEI Nº 13.467/2017 É INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO PROTETIVO E INCONSTITUCIONAL POR FERIR O CAPUT DO ARTIGO 7º E ESPECIALMENTE SEUS INCISOS I E VII DA CONSTITUIÇÃOFEDERAL.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO Ementa A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALCANÇA OS TRABALHADORES EM REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO NOS ARTS. 443, § 3º, E 452-A DA CLT, AOS QUAIS É TAMBÉM ASSEGURADO O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA MENSAL, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE DIAS EM QUE FOR CONVOCADO PARA TRABALHAR, RESPEITADO O

³⁰ OJ 358. SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE (DJ 14.03.2008) “Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.”

³¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

(...)

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

SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL .

TRABALHO INTERMITENTE. DIREITO A SALÁRIO MÍNIMO.

Ementa ARTS. 443 E 452-A DA CLT E ART. DIREITO CONSTITUCIONAL AO SALÁRIO MÍNIMO. TRABALHO INTERMITENTE. A PROTEÇÃO JURÍDICA AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TAMBÉM ALCANÇA O EMPREGADO INTERMITENTE. MENSALMENTE, CUMPRE AO EMPREGADOR PAGAR AO TRABALHADOR INTERMITENTE IMPORTÂNCIAS QUE ALCANCEM O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE, AINDA QUE NÃO TENHA CONVOCADO O FUNCIONÁRIO EM DIAS SUFICIENTES PARA TANTO. OBSERVANDO CONDIÇÕES PARTICULARES INCIDENTES, A REFERÊNCIA SALARIAL BÁSICA DEVIDA PODERÁ SER O SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL.

PAGAMENTO DO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL NOS

CONTRATOS DE TRABALHO INTERMITENTES **Ementa** É DEVIDO O SALÁRIO MÍNIMO MENSAL, CONFORME VALORES DEFINIDOS EM LEI, PARA OS TRABALHADORES CONTRATADOS SOB O REGIME DE CONTRATO INTERMITENTE DE TRABALHO - CONTRATO ZERO HORA, CONFORME OS TERMOS ESTABELECIDOS NO ARTIGO 7, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. SALÁRIO MÍNIMO LEGAL MENSAL. OBRIGATORIEDADE **Ementa** CONTRATO DE

TRABALHO INTERMITENTE. SALÁRIO MÍNIMO LEGAL MENSAL.OBRIGATORIEDADE. NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE É ASSEGURADO AO TRABALHADOR O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA, NÃO INFERIOR AO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO LEGAL MENSAL, INDEPENDENTE DA QUANTIDADE DE HORAS EFETIVAMENTE TRABALHADAS.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores de Segurança Privada (Contrasp) protocolou no Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2017 ação de inconstitucionalidade nº 5.806, contra a permissão do uso do contrato de trabalho intermitente, entre outros pontos da reforma.

Na petição inicial da ADI 5.806, da Contrasp, o advogado Karen Pietroski afirma que o contrato de trabalho intermitente é “um instrumento de precarização, eis que, notoriamente, o que se visa é a satisfação da demanda empresarial às custas do empregado, pois notoriamente transforma o ser humano em ‘coisa’, nos

trazendo lembranças da Revolução Francesa, um dos maiores símbolos da precarização e retrocesso da classe laboral”³².

A Federação Nacional dos Empregados em Postos de Combustíveis e Derivados (Fenepospetro) também ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, ação de inconstitucionalidade (ADI 5.826) contra a permissão do contrato de trabalho intermitente. Refuta-se as regras de ausência de previsão de jornada fixa ou quantidade de horas a serem trabalhadas diária, semanal ou mensalmente, inviabilizando o pagamento de um salário digno, e inferior ao mínimo previsto legalmente.

Ainda não sabemos as reais implicações na sociedade desta nova modalidade contratual, todavia, as associações, confederações, Ministério Público do Trabalho e judiciário já vem se manifestando de forma contrária a sua utilização, por entender que não garantir o mínimo legal afronta a dignidade da pessoa humana, bem como os princípios basilares do Direito do Trabalho.

³²<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/jurisprudencia/2017/11/07/acao-questiona-trabalho-intermitente-previsto-reforma> Acessado em 07/01/2018.

3.CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

3.1 CONCEITO

A reforma trabalhista inseriu no artigo 443 da CLT, o parágrafo 3º que dispõe acerca do trabalho intermitente, como uma modalidade de contrato de trabalho, *in verbis*:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o 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 empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

A principais orientações para esta nova modalidade de trabalho estão contidas a partir do artigo 452-A e seus parágrafos, contudo a medida provisória nº 808 de 14/11/2017 traz uma série de alterações no que se refere a redação da Lei 13.467/2017.

O que caracteriza o contrato intermitente é a “flutuação”, revezamento, que existe entre períodos de atividade e períodos de inatividade. Normalmente, no Direito do Trabalho, conceitua-se o contrato de trabalho como um contrato de atividade (sua maior caracterização), pois é um contrato para prestação dos serviços para trabalho e para atividade. O contrato intermitente tem também esta característica, mesclando períodos de atividade com períodos de inatividade, nos quais o trabalhador não trabalha e, portanto, não recebe salário³³.

Em síntese a redação da Lei 13.467/2017 dispõe que será considerado trabalho intermitente aquele em que o trabalhador será remunerado pelas horas efetivamente trabalhadas, não havendo ajuste prévio da quantidade mínima de

³³ BERNARDES, Felipe; Soares Josley, Joalvo, Magalhaes, Lilian, Katusca, ênfase, 2017, p. 327.

horas a serem cumpridas em cada mês ou valor remuneratório mínimo a ser recebido, ressalvando apenas que o valor da hora trabalhada não poderá ser inferior ao valor do salário mínimo ou aquele devido aos demais empregados em função semelhante, assim o empregado fica à disposição do empregador aguardando um chamado para o serviço e caso não seja convocado este tempo não será considerado como jornada de trabalho, podendo ainda se recusar em atender o chamado quando acionado.

Em artigo publicado antes da reforma trabalhista ser aprovada, Vólia Bomfim defende que “A criação da espécie de contrato de trabalho sob a denominação “contrato intermitente” visa, na verdade, autorizar a jornada móvel variada e o trabalho variável, isto é, a imprevisibilidade da prestação de serviços e, portanto, apenas defende os interesses da classe empresarial. A imprevisibilidade é algo nefasto tanto para o patrão como para o empregado. De acordo com os artigos 2º e 3º da CLT, é o empregador quem corre os riscos da atividade empresarial. Os dois artigos (art. 443 e art. 452-A) pretendem repassar ao trabalhador os riscos inerentes ao empreendimento, o que não é possível nas relações de emprego. Frise-se que o parágrafo 3º do artigo 452-A determina pagamento de multa pelo não comparecimento no dia de trabalho equivalente a 50% da remuneração do período, criando uma excessiva punição ao trabalhador, que fica à disposição do chamado do patrão³⁴.”

Nesse sentido entende-se que trata-se de contrato individual para prestação de trabalho por prazo indeterminado, com subordinação, não contínuo, ocorrendo com alternância da prestação de serviços sem prévio ajuste independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, sem valor mínimo previamente ajustado a título de pagamento mensal.

3.2 CARACTERÍSTICAS

O trabalho intermitente é regulamento pelas Lei 13.467/17 e MP808/2017 contudo, trata-se de uma prática de trabalho informal já adotada por anos em nossa sociedade, popularmente conhecida como “bico”, ressalta-se que este contrato não deve ser utilizado por aeronautas, que possuem legislação própria.

³⁴ Comentários substitutivos ao Projeto de Lei 6787/2016

Outro ponto relevante refere-se ao pagamento da remuneração, pois ao término de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá de imediato o pagamento das férias proporcionais com acréscimo de um terço, do décimo terceiro salário proporcional; do repouso semanal remunerado e dos adicionais legais, conforme dispõe o art. 452-A, §6.

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterà: (Redação dada pela Medida Provisória nº 808, de 2017);

.....
§ 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas: - remuneração;
II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;
III - décimo terceiro salário proporcional;
IV - repouso semanal remunerado; e
V - adicionais legais.

Insta salientar a necessidade do empregador efetuar o pagamento com rubricas distintas, a fim de evitar o risco do pagamento ser considerado complessivo, conforme dispõe a sumula 91 do TST.

SÚMULA 91 - SALÁRIO COMPLESSIVO. Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.

O recolhimento do INSS e FGTS será mensal, pois levará em consideração, como base de cálculo, o valor pago pelos serviços intermitentes ao longo do mês, bem como deverá o empregador efetuar o recolhimento do IR acaso retido na fonte.

A medida provisória nº 808 altera de forma significativa o disposto na legislação, recém reformada, sobre o trabalho intermitente, alterando os artigos 452-A e 452-B³⁵ da Consolidação do Trabalho, ao dispor que o contrato de trabalho intermitente deverá ser registrado em CTPS, ainda que previsto em acordo ou

³⁵ Art. 452-B. É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente:

I - locais de prestação de serviços;

II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços;

III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços;

IV - formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados nos termos dos § 1º e § 2º do art. 452-A.

convenção coletiva, pontuando os itens que o referido contrato deverá conter, tais como identificação das partes, valor da hora, local de trabalho, turno de trabalho, formas e instrumentos de convocação, podendo inclusive validar a utilização das ferramentas eletrônicas como mensagem de texto, whats app, e-mails e prazo para o pagamento da remuneração, altera o período de resposta anteriormente designado como um dia útil, quando da convocação, para 24h, mantendo o silêncio como recusa; altera a data para pagamento, anteriormente estabelecida para o final de cada prestação de serviços para que o pagamento seja realizado na data acordada pelas partes (§6º), prevê o fracionamento das férias para em até 3 vezes (questionado pela doutrina), prevê o pagamento do auxílio doença ao segurado a partir da data incapacidade, todavia, afasta a obrigação da empresa em arcar com o pagamento dos 15 primeiros dias conforme disposto na Lei 8.213³⁶, art. 60,§3; prevê o pagamento do salário maternidade direto pela previdência, nos termo do art. 72 da referida Lei.

Um dos pontos que nos chama atenção é a possibilidade trazida pela MP/808 das partes convencionarem a forma de reparação em caso de cancelamento dos serviços, destacando que a legislação imputava o pagamento de uma multa de 50% da remuneração que seria devida, esclarece ainda o que será considerado como tempo de inatividade, evitando interpretação diversa deste tema, permite a prestação de serviço a outros empregadores, ainda que sejam na mesma atividade econômica, viabilizando assim que o empregado mantenha diversos contratos de trabalho intermitente ao mesmo tempo com diferentes empregadores, podendo escolher o chamado que irá atender, conforme lhe convir.

A medida provisória inova ao prever que o período de um ano de inatividade resultará em rescisão contratual, prevendo o pagamento pela metade do aviso prévio, indenização do FGTS, e na integralidade as demais verbas trabalhistas, contudo, um tema delicado implica que a extinção do contrato não permite o ingresso no programa do seguro desemprego, sendo este um ponto

³⁶ Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz; § 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.

delicado, infringindo diretamente o artigo 7º,II da Constituição Federal, o legislador não se atentou a este dispositivo Constitucional, já que nossa lei maior não prevê exceções para a concessão do seguro desemprego, podendo tornar assim tal exclusão ao programa inconstitucional.

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

(...)

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

Observamos ainda relativização do tempo à disposição, sendo considerado uma transferência do risco empresarial ao empregado, ferindo assim o princípio da alteridade, segundo o qual os riscos da atividade econômica devem ser absorvidos pela Empresa.

A MP/808, altera o artigo 452G da CLT e traz a necessidade da observância do prazo de 18 (dezoito) meses para a prestação de serviços na modalidade de contrato intermitente ao empregado registrado na condição de contrato por prazo indeterminado, o referido prazo será válido até dezembro de 2020, tal item é importante sob a ótica de evitar-se a conversão de contratos por prazo indeterminado para contrato intermitente, a crítica que se faz está atribuída à limitação de validade desta cláusula.

Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado.

Vale lembrar que a medida provisória é um instrumento com força de lei que produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para que se converta em Lei e possui vigência de sessenta dias, prorrogáveis mais uma vez por igual período. A MP/808 foi prorrogada por mais 60 (sessenta) dias e ficará vigente até 23/04/2018.

3.3 HABITUALIDADE E SUBORDINAÇÃO NO CONTRATO INTERMITENTE

A análise do artigo 2^{o37} da CLT combinado com o artigo 3^{o38} nos traz o conceito, ainda que sucinto de empresa e empregador, respectivamente, destacando que para a existência do vínculo se faz necessário a existência de ambas figuras.

Sabemos da necessidade de coexistirem cinco elementos para a formação do vínculo empregatício, sejam eles a) empregado ser pessoa física, b) subordinação compreendida de forma mais ampla que dependência; c) não eventualidade do trabalho; d) salário (onerosidade); e) pessoalidade da prestação de serviços.

A subordinação significa submetimento, sujeição ao poder de outrem, às ordens de terceiros, uma posição de dependência. A legislação brasileira prefere o vocábulo *dependência*. Porém, a doutrina consagra a expressão *subordinação*. Entende-se que este elemento seja indispensável para a configuração do vínculo, sendo muitas vezes o fator que irá diferenciar a relação, haja vista que na maioria das relações de trabalho, os demais requisitos demonstram-se presentes, sendo a subordinação em muitos casos, o elemento fundamental para distinguir se estamos falando de relação de emprego ou de trabalho, contudo, não podemos ignorar os demais aspectos que envolvem a relação de emprego, tão pouco suprimir sua importância.

Mauricio Godinho, nos chama a atenção para o fato de que a subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na "situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de

³⁷ 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

³⁸ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará³⁹.

Está limitação contratual da autonomia da vontade demonstra-se mitigada, uma vez que uma das características desta nova modalidade de contrato de trabalho, refere-se a forma de recusa ao chamado para o trabalho, prevista no artigo 452^a,§2, que poderá ser processada de forma expressa ou de forma tácita. Perceber-se que a recusa ao chamado já demonstra uma flexibilização da subordinação neste tipo de contrato, já que nos contratos comuns, tal recusa poderia inclusive resultar em medidas disciplinares ou dispensa por justa causa.

A convocação deverá ser realizada no prazo mínimo de 3 (três) corridos de antecedência ao trabalho. O empregado terá o prazo de 1 (um) dia útil para responder ao chamado. Após a aceitação da convocação, a parte que descumprir o acordo pagará a outra parte no prazo de 30 dias uma multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação.

As partes podem convencionar a forma e instrumentos de convocação, o que nos faz crer que os prazos acima poderão ser alterados, conforme preceitua o art. 452-B, *in verbis*:

Art. 452-B. É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente: (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

I - locais de prestação de serviços; (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços; (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços; (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

IV - formato de reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados nos termos dos § 1º e § 2º do art. 452-A. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

Importante destacar que a subordinação pode ser identificada por diversas formas e tem sofrido adequações ao longo dos anos, ante as constantes

³⁹ GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015, p. 313.

alterações no mundo do trabalho, podendo ser clássica ou tradicional, objetiva ou estrutural.

Subordinação clássica ou tradicional é a subordinação decorrente do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial; objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, necessitando apenas do poder jurídico sobre a atividade, ou seja, a atividade exercida se integra as atividades da empresa e subordinação estrutural é aquela que se expressa , pela definição de Mauricio Godinho, pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Amaury Mascaro leciona que o conceito de subordinação jurídica surgiu concomitantemente com as leis trabalhistas, que conferiram ao subordinado no trabalho uma série de direitos para que diminuísse a sua sujeição pessoal. Essa sujeição, com as referidas leis, transformou-se no sentido da sua proteção, condição necessária da sua realização como pessoa. O homem, no trabalho prestado para outro indivíduo, foi considerado um sujeito de direitos. Não mais a sua pessoa subordinou-se, mas a sua energia de trabalho foi posta à disposição do subordinante⁴⁰.

Sob está ótica, podemos entender que a subordinação existente no contrato intermitente decorre de contrato de trabalho, e, da inserção do empregado na estrutura da empresa, sendo flexível o critério acerca da autonomia da vontade, diante da possibilidade de negativa ao chamado para o trabalho.

Luciano Martinez esclarece o conceito de trabalho eventual que também pode-se conceituar, agora, como trabalho intermitente é aquele cuja prestação do serviço é episódica, não sabendo seu tomador (e nem mesmo o próprio trabalhador eventual) quando a atividade se repetirá. No trabalho eventual os contratantes não

⁴⁰ MASCARO, Amaury, Curso de Direito do Trabalho, 26ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, p.560.

estabelecem qualquer projeto para o futuro. Eles nada sabem e não discutem quanto à continuidade da prestação, que, em regra, é pontual e instantânea. A imprevisibilidade da repetição é o traço característico desse ajuste, que, por sua singularidade, poderá não mais se reiterar, nesse caso, entende-se que a recusa ao chamado não poderá ser vista como ausência de subordinação, mas sim como um elemento desse tipo de contrato de trabalho, entendemos que ausência de subordinação estaria relacionada a conduta adotada após o aceite do chamado, ou seja, durante o regular exercício das atividades.

Um dos aspectos que nos chama atenção é o fato de que normalmente, as atividades ocasionais ficam à margem do direito do trabalho, configurando o trabalho informal e quando ocorre o questionamento acerca da existência ou não da relação de emprego, analisa-se se o trabalho era descontínuo o bastante para mitigar o conceito de contrato de trabalho, bem como a existência de subordinação, onerosidade, entre os outros elementos que configuram o vínculo de emprego, a ausência de um elemento inviabiliza a configuração do vínculo, em regra, conforme preceituado nos artigos 2º e 3º da CLT.

Observamos que, esta nova modalidade de contrato de trabalho mesmo que inexista salário e habitualidade na prestação de serviços ainda assim existirá o vínculo empregatício, indo de encontro aos conceitos pré-estabelecidos no meio *justralhista*, tanto na identificação da figura do empregado como do empregador.

Homero Batista, destacar que sob a leitura do artigo 443, §3 da CLT praticamente desaparece a linha de defesa concentrada no caráter espaçado ou episódico da prestação dos serviços quanto a ausência de habitualidade.

Homero Batista leciona: Com efeito, repetição esperada não significa repetição cotidiana. Neste sentido, merece elogio a reforma de 2017, que, por vias indiretas, pretende albergar no direito do trabalho as atividades repetitivas não cotidianas. O conceito de habitual não sofre alteração, se o entendermos, desde logo, como um fato frequente e reiterado, independentemente da quantidade de “horas, dias ou meses”, tal como propõe o art. 443, § 3º. Praticamente desaparece a linha de defesa concentrada no caráter espaçado ou episódico da prestação dos serviços⁴¹.

⁴¹ Homero, Batista, Comentários a Reforma Trabalhista, 1ª ed. 2017 Revista dos Tribunais, p. 166.

Tal ponto torna perigosa a análise de que prestação de serviços não contínuas e espaçadas possam vir a ter vínculo empregatício reconhecido, se analisado esta modalidade contratual como referência análoga, como ocorreu no caso da fixação de frequência da empregada doméstica, prevista no art. 1º da Lei nº 150/2015, pois ao considerar empregado doméstico apenas aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, exclui-se uma gama de empregados que não se encaixe exatamente neste conceito e nem por isso deixam de preencher os critérios hábeis para configurar o vínculo empregatício. É certo que a jurisprudência tem apontado decisões que fogem à regra do referido artigo, contudo, a fixação do prazo implica em maiores debates e distorções sobre o tema, colocando o empregado a margem da incerteza, diante do dispositivo legal.

3.4 FÉRIAS E O CONTRATO INTERMITENTE

As férias estão reguladas pelos artigos 129 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, correspondendo a um período de descanso remunerado, concedido após um ano de atividade laboral prestada com objetivo de proporcionar ao empregado descanso, recuperação e reinserção familiar, trata-se de um meio de manter, inclusive, a segurança no trabalho, a medida que viabilizam a recuperação das energias físicas e mentais do empregado.

Trata-se de um direito trabalhista resguardado pela Constituição Federal e Consolidação das Leis do Trabalho, sendo benéfica para o empregado, empregador e sociedade, uma vez que se relaciona ao bem-estar coletivo e respeito à própria construção da cidadania.

Nosso ordenamento atribui as férias caráter imperativo, com penalidades em caso de descumprimento, tais como o pagamento em dobro (art. 137 da CLT⁴²), sendo que o pagamento não substitui a concessão do descanso.

O valor pecuniário das férias corresponde ao valor do salário acrescido de um terço, conforme preconiza o art. 7º, XVII da Constituição Federal. Ocorre que em razão das diversas modalidades de contrato de trabalho, o salário pode assumir formas distintas de cálculo (salário por unidade de obra, unidade de tempo ou salário tarefa; salário variável, etc.), assim, a ordem *justralhista* criou algumas regras objetivas para cálculo do valor básico das férias, que será calculada sobre o salário referencial e parcelas que irão integra-lo, ou seja, parcelas de natureza salariais.

No contrato de trabalho intermitente as férias acrescidas do adicional de um terço, bem como o decimo terceiro, RSR, e demais adicionais legais, serão pagos na mesma data do recebimento da remuneração dos serviços prestados daquele mês, cujo período para pagamento não poderá ultrapassar um mês da prestação de serviços, conforme dispõe o artigo 452,A,§6 da CLT, todavia, não há previsão para abatimento das férias em caso de faltas do empregado, ou em caso de recusa ao chamado ou de não comparecimento nos dias que confirmou a presença.

A Medida Provisória n.º 808 alterou o artigo 452-A da CLT, para fazer constar a possibilidade de o trabalhador intermitente usufruir suas férias em até três períodos, nos termos do artigo 134, também da CLT e no artigo 452,B e faculta as partes convencionarem por meio do contrato intermitente o local da prestação de serviços, os turnos para os quais o empregado será convocado, a forma de convocação (podendo ser por meios eletrônicos, tais como e-mails, whatsapp, etc) e o formato de reparação em caso de cancelamento de serviços previamente agendados e confirmados pelas partes, contudo, nada fala sobre a possibilidade de alterar a forma de pagamento das férias, assim, pela análise do artigo, entendemos tratar-se de rol taxativo, uma vez que não abre margem para inserção de outras

⁴² Art. 137. Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

alterações na modalidade do contrato, destacando ainda que o artigo 452E ao tratar do pagamento das verbas rescisórias não elenca a possibilidade do pagamento de férias acumuladas, levando-se a entender assim que estas já devem estar adimplidas no curso do contrato.

A Anamatra editou o enunciado nº4 dispondo acerca da fruição e pagamento contínuo das férias, *in verbis*:

COMISSÃO 6 - Enunciado 4 Títulos FÉRIAS E TRABALHO INTERMITENTE **Ementa** FÉRIAS. TRABALHO INTERMITENTE. DIANTE DA EXISTÊNCIA DE ANTINOMIA JURÍDICA ENTRE O DISPOSTO NO § 6º DO ART. 452-A DA CLT E O DISPOSTO NO § 9º DO MESMO ART. 452-A DA CLT, DEVE-SE INTERPRETAR O ORDENAMENTO JURÍDICO DE FORMA SISTEMÁTICA E UTILIZAR O CRITÉRIO HIERÁRQUICO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO DE NORMAS. ASSIM, TENDO EM VISTA O ART. 7º, XVII, DA CF/88, QUE DISPÕE SOBRE O DIREITO ÀS FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS, OU SEJA, PAGAS NO MOMENTO DO GOZO DO PERÍODO DE DESCANSO (CONFORME TAMBÉM DISPOSTO NO ART. 452-A, §9º, CLT), O PAGAMENTO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS APÓS A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (ART. 452-A, §6º, II, CLT) NÃO ENCONTRA APLICABILIDADE. ASSIM, NO TRABALHO INTERMITENTE, AS FÉRIAS DEVEM SER REMUNERADAS QUANDO DA SUA FRUIÇÃO.

Em que pese a previsão legal, diante da vigência da MP, permita o fracionamento das férias, a doutrina⁴³ tem se posicionado em sentido contrário, defendendo que a modalidade é incompatível com o fracionamento das férias, tendo em vista que o regime jurídico do Trabalho Intermitente não abre ensejo para parcelamento do período de gozo e conversão parcial em abono pecuniário (“venda das férias”), haja vista que fixadas em período único e pagas antecipadamente (no ato de cada término da demanda contratada), inviabilizando assim seu fracionamento na concessão.

De toda sorte, entendemos que o tema das férias poderá ser tratado por meio de acordo coletivo com a entidade sindical que represente os empregados, a

⁴³ REFORMA TRABALHISTA, Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017, p. 183

fim de dirimir eventuais dúvidas ou interpretações divergentes até que o tema seja pacificado.

A crítica que se faz refere-se ao pagamento diluído das férias e do terço legalmente devido, isso, porque a Lei ao garantir a concessão do descanso remunerado de 30 dias ao trabalhador busca garantir seu descanso e recuperação para a retomada das atividades, e sem o recebimento do valor correspondente as férias nesse período de descanso, entendemos que o trabalhador estará prejudicado, pois neste período, nada receberá.

Outro fato que nos chama a atenção é que a CLT proíbe o trabalho no período das férias, salvo, se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele, conforme dispõe o artigo 138 da CLT, nesse sentido, considerando que a Lei não proíbe o empregado de possuir mais de um contrato de trabalho intermitente em curso, observa-se baixas as chances do trabalhador contratado nesta modalidade de trabalho conseguir de fato usufruir do descanso almejado neste período, isso porque nada o impedirá de prestar serviços a outro empregador enquanto estiver em gozo de férias de um de seus contratos.

Destacamos que a Convenção 132 da OIT⁴⁴ (1970), que tem natureza de tratado internacional, ratificado em 1999, dispõe que o período mínimo de 14 dias consecutivos para a concessão das férias decorre da necessidade de viabilizar o repouso prolongado, descanso, desaceleração do ritmo de vida, do relógio biológico, nesse sentido, observamos que o contrato intermitente não viabiliza o cumprimento desta finalidade, pois se quer garante o efetivo descanso neste período, haja vista que pela característica do contrato, o trabalhador fatalmente estará trabalhando para outro empregador neste período, infringindo assim o objetivo previsto na referida convenção da OIT.

A presente reflexão implica em normas de segurança do trabalho, uma vez que o descanso físico e psicológico se faz indispensável para o regular

⁴⁴ Organização Internacional do Trabalho

exercício das funções, bem como para a saúde e segurança do trabalhador. Neste ponto entendemos que a legislação ainda deverá se aprimorar.

3.5 ANALISE DO CONTRATO DE TRABALHO E O CONTRATO INTERMITENTE

A Lei nº 13.467/17 recém alterada pela Medida Provisória nº 808/17, é omissa quanto diversos institutos desta nova modalidade de emprego, deixando diversas lacunas a serem supridas, um dos itens não abordados se referem a questão da obrigatoriedade de concessão de benefícios aos trabalhadores intermitentes.

Analisando o tema vislumbramos um impasse acerca da obrigatoriedade de conceder determinados benefícios aos trabalhadores intermitentes, isso, diante da natureza de cada benefício, que poderá ser diária ou contínua, e, diante do princípio da isonomia e função social do trabalho que não permite discriminação a trabalhadores que prestem serviços da mesma natureza ao mesmo empregador.

Analisando sob a ótica da inexistência de exclusividade e tempo a disposição aos trabalhadores que prestam serviços na modalidade intermitentes, entende-se possível a manutenção de contrato de trabalho com diversos empregadores de forma simultânea, ou ainda, um contrato permanente e outro intermitente com empregadores distintos.

Assim, diante da ausência de exclusividade, e remuneração no período de inatividade, prevista no artigo 452-A, parágrafo quinto, da CLT, *in verbis*:

“§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes”.

Nesse sentido, observamos tratar-se de um contrato de trabalho e emprego com características peculiares em que a concessão dos benefícios de natureza diária, a exemplo de vale transporte e auxílio alimentação, demonstram-se inequivocamente devidos, devendo serem concedidos no período em que o trabalhador intermitente estiver trabalhando, por aplicação analógica do atual

entendimento dos Tribunais Trabalhistas, como ocorre nas hipóteses de suspensão contratual⁴⁵, a menos que haja disposição diversa na norma coletiva ou em outra regra específica aplicável.

O impasse se instala quando refletimos acerca dos benefícios de natureza contínua como por exemplo a concessão de assistência médica, isso porque a natureza da subordinação e habitualidade nesta relação de emprego não é contínua, restando questionável a inserção do empregado em benefícios de natureza mensal, já que não se trata de empregado permanente e sim eventual ou transitório.

A problemática resulta da análise da concessão da assistência médica pela empresa sob a modalidade de coparticipação, por exemplo, ocasião em que o empregado participa mensalmente com uma quantia fixa para que possa utilizar os serviços médicos, ficando a empresa responsável pelo pagamento da cota complementar. Ocorre que no contrato intermitente não existe obrigatoriedade do empregador convocar o empregado para o trabalho mensalmente, a Lei prevê apenas a rescisão do contrato em caso de não convocação no prazo de um ano, conforme disposto no artigo 452-D, *in verbis*:

Art. 452-D. Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

⁴⁵ “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. SUPRESSÃO DO PAGAMENTO DE CESTA BÁSICA E DE AUXÍLIOALIMENTAÇÃO PREVISTOS EM NORMAS COLETIVAS, EM VIRTUDE DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. A parte agravante não apresenta argumentos novos capazes de desconstituir a juridicidade da decisão agravada, no sentido de que no recurso de revista não houve demonstração de violação dos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, 468, caput, e 475, caput, da CLT, e 300, 302, 334, II, III, do CPC. Na hipótese vertente, o tribunal regional entendeu que, suspenso o contrato de trabalho pela aposentadoria por invalidez, não é devido o pagamento de benefícios previstos em normas coletivas que não preveem o seu pagamento aos inativos, matéria fática insuscetível de reexame nesta fase recursal de natureza extraordinária. Agravo regimental a que se nega provimento.” (TST; AgR-AIRR 0042100-85.2011.5.17.0001; Primeira Turma; Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa; DEJT 01/07/2014).

No exemplo acima citado, caso a assistência médica seja concedida pela empresa e inexista convocação no espaço de 1 ano, questiona-se como ficariam os pagamentos da mensalidade neste período, seria o empregador responsável pela adimplência ou importaria em saldo negativo mensal do empregado junto a empresa. Caso o empregador assumira tal compromisso, questionamos a isonomia frente aos demais colaboradores que realizam o pagamento mensal de sua cota participação, estaríamos observando o princípio da isonomia e função social do trabalho sob a luz da Constituição, pois não podemos negar que esta classe de trabalhadores (intermitente) também necessita da proteção legal, resguardando seu direito a inclusão assistência médica empresarial oferecida aos demais empregados celetistas, mas sem que tal fato gere saldo devedor com o empregador.

Por outro lado, entendemos que o não fornecimento do plano de saúde poderá configurar tratamento discriminatório, pois o trabalhador intermitente é um típico empregado, lembrando que vige no direito um brocardo segundo o qual: "*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*" - onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir, assim, se o legislador não restringiu ao trabalhador intermitente o direito à benefícios previstos em lei ou normas coletivas não deve o intérprete da lei fazê-lo, restando a doutrina, tribunais e jurisprudência direcionar acerca da melhor forma de aplicar o direito, a fim de resguardar a função social do contrato de trabalho, bem como a isonomia entre os trabalhadores.

3.6 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O CONTRATO INTERMITENTE

Prefacialmente, façamos alguns esclarecimentos acerca da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e sua importância no âmbito internacional, que tem como premissa formar um direito comum da humanidade, ou seja, que em todo o mundo, ou pelo menos nos países que ratificam suas convenções, haja um consenso, uma relação de emprego humanizada e justa, possuindo assim competência para tratar de questões que visem à justiça social.

Arnaldo Sussekind afirma que a OIT “é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais de entidade e das convenções que ratificam, integrando o sistema das nações Unidas como uma das suas agências especializadas”⁴⁶

Arnaldo Sussekind cita que “Para Durand e Jausaud, essas afirmações definem os três motivos inspiradores da criação da OIT: a) um sentimento de justiça social por existirem, ainda condições de trabalho que implicam, para um grande número de pessoas, miséria e privações; b) o perigo da injustiça social para a manutenção da paz, em vista do descontentamento que gera; c) a similaridade das condições de trabalho na ordem internacional, a fim de evitar esforços de certas nações desejosas de melhorar a sorte dos seus trabalhadores possam ser obstados pela não-adoção, por outros países, de regimes de trabalho realmente humanos”³⁴⁷

A Declaração da Filadélfia, ampliou as finalidade e competências da OIT, reafirmando os princípios elencados no preâmbulo da Constituição, que resultou do disposto do art. 427 do Tratado de Versailles, ressaltando que “o trabalho não é uma mercadoria”(art. I, a) e que “a liberdade de expressão e de associação” é pressuposto indispensável ao progresso (art. i, b); confirmou o tripartismo para as decisões destinadas a promover o bem-estar na luta contra a necessidade, que deve prosseguir, mediante esforço internacional, em cada nação(art. I, d); atribuindo à OIT competência para “ *apreciar, no domínio internacional, tendo em vista tal objetivo, todos os programas de ação e medidas de caráter econômico e financeiro*”, conforme preceitua o art. II, “d”, e lhe permitindo-lhe “*incluir em suas decisões e recomendações quaisquer disposições que julgar convenientes, após*

⁴⁶ SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo, p. 122.

⁴⁷ -³ A similaridade das condições de trabalho no plano universal, com o objetivo de formar um “direito comum da humanidade” (Jenks) nos campos do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, não poderá ser alcançado enquanto vigorar a injusta ordem econômica internacional resultante do neoliberalismo irradiado pela globalização da economia, que dividiu o mundo em países globalizantes e globalizados, impedindo o desenvolvimento socioeconômico do “terceiro mundo”- SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo, p. 124.

levar em conta todos os fatores econômicos e financeiros de interesses”, conforme disposto no artigo II, “e”.

Ainda segundo Arnaldo Sussekind, a Declaração da Filadélfia também incumbiu a OIT fomentar: “ a plenitude do emprego e elevação dos níveis de vida; a formação profissional e a garantia de iguais oportunidades educativas e profissionais; a colaboração entre empregadores e empregados na preparação e aplicação das medidas sociais e econômicas; a proteção à infância e à maternidade e a promoção de alimentos, habitação, recreação e cultura adequados(art. III)”⁴⁸

A declaração da Filadélfia também dispôs no artigo IV, que a OIT deve colaborar com os demais organismos internacionais competentes, no sentido de buscar a adoção de medidas sobre a expansão da produção e do consumo, sem graves flutuações, o progresso econômico e social das regiões menos desenvolvidas, o favorecimento de um comércio internacional de volume elevado e constante, bem como a melhoria da saúde, o aperfeiçoamento da educação e o bem-estar de todos os povos.

Na realidade, a incorporação da Carta de Filadélfia, contribui para uma, até então nova filosofia da Organização Internacional do Trabalho, e, como bem asseverou Arnaldo Sussekind, deu à OIT as seguintes características:

- “a) o objetivo da OIT não se restringe a melhorar as condições de trabalho, mas a melhorar a condição humana no seu conjunto
- b) a OIT não procura unicamente a melhoria das condições materiais de existência. Ela dá ênfase tanto à luta contra a necessidade, visando ao progresso material e à segurança econômica, como a defesa dos valores da liberdade – notadamente da liberdade de expressão e de associação- de dignidade e de igualdade- em particular da igualdade de oportunidades, independentemente da raça, da crença ou do sexo;
- c) a ação da organização não se limita à proteção dos trabalhadores propriamente ditos, porquanto alcança o conjunto dos seres humanos nas suas relações com o trabalho;
- d) os textos fundamentais da OIT insistem na necessidade de um esforço concentrado, internacional e nacional, para promover o

⁴⁸ SUSSEKIND, Arnaldo, *Direito Internacional do Trabalho*, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo, p. 125.

bem comum, isto é, para assegurar o bem-estar material e espiritual da humanidade;

e) esses princípios de base da OIT sublinham que a ação para melhorar as condições sociais da humanidade, no sentido mais amplo do termo, não deve constituir um setor distinto das políticas nacionais ou da ação internacional, pois representa o próprio objetivo dos programas econômicos e financeiros e que estes devem ser julgados por esse prisma. Afirma-se, assim, a primazia do social em toda planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento⁴⁹

Há que se destacar ainda que a Declaração de Filadélfia está anexa à nova Constituição da OIT aprovada e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que versam sobre direitos humanos e normas protetivas do Trabalho.

Nesse sentido resta consolidada a proteção ao trabalho sendo que "o trabalho não é uma mercadoria", afirmando a manutenção de um trabalho digno.

Gabriela Delgado destaca que a declaração da OIT sobre os Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho, a Agenda Internacional para o Trabalho Decente e a Declaração da OIT sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa também são instrumentos jurídicos que convergem, em seu teor e objetivo, com as definições de justiça social, assegurando expressivo destaque para o Direito do Trabalho em sua intrínseca relação com os Direitos Humanos⁵⁰.

Destaca-se que uma vez ratificada a convenção da OIT pelo Estado membro, está terá força de lei ordinário, ante seu caráter de tratado internacional.

Defende-se que os tratados internacionais de direitos humanos possuem status de norma constitucional, integrando assim ao bloco de constitucionalidade

⁴⁹ SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo, pág. 129. "(17) "L'OIT e lês droits de l'homme", 1ª parte, in "Revue de droits de l'homme", paris, 1971, págs. 694/5. Nesse artigo, recorda o pensamento de René Cassin, de que a Constituição da OIT constitui " a primeira base convencional de um direito comum cobrindo as liberdades individuais essenciais" e ressalta que as políticas nacionais e a ação internacional devem afirmar " a primazia do social em toda planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento econômico" (pág. 695). No seu tratado, Valticos dedicou especial atenção ao tema(CF. "Derecho Internacional Del Trabajo", trad. Espanhola, Madri, 1977, págs. 191.200).

⁵⁰ BERNARDES, Felipe; Soares Josley, Joalvo, Magalhaes, Lilian, Katiusca, ênfase, 2017, p. 330.

material (e não formal) da nossa Carta Magna, nos termos do §2, art. 5 da CF e poderão ainda ser formalmente constitucionais (equivalente a emendas constitucionais), desde que a qualquer momento seja submetido à aprovação do quórum do §3 do art. 5º da Constituição, todavia, como tal entendimento não é pacífico, atribui-se no mínimo o efeito de Lei ordinária.

Pelo exposto, tem-se que a convenção da OIT tem força de no mínimo, Lei ordinária e se versar sob matéria de Direitos Humanos, status de norma constitucional.

Tais esclarecimentos se fazem necessários a fim de trazer à baila os aspectos do trabalho intermitente frente as convenções da OIT, entre elas a Convenção 131, que dispõe sobre a fixação de salário mínimo, principalmente em países de desenvolvimento, vejamos:

Art. I — 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar a presente Convenção comprometer-se-á a estabelecer um sistema de salários mínimos que proteja todos os grupos de assalariados cujas condições de trabalho forem tais que seria aconselhável assegurar-lhes a proteção.

A convenção n 26 da OIT também versa sobre métodos de fixação do salário mínimo, a fim de instituir ou a conservar métodos que permitam fixar os salários mínimos dos trabalhadores.

Ao analisarmos o teor do contrato intermitente não vislumbra-se assegurado o recebimento de qualquer quantia no curso do mês, sendo assegurado apenas a rescisão contratual em caso de um ano de ausência de convocação ou prestação de serviços, tal modalidade de contrato é vista como meio de precarizar os direitos dos trabalhadores, podendo assim ser alvo de reclamação pela própria OIT por inobservância da convenção a qual o Estado membro aderiu.

O trabalho intermitente é visto como meio de tratar o trabalho humano como mercadoria, sem a devida valorização prevista nos instrumentos internacionais e Constituição, uma vez que se quer é garantida a condição de segurado da previdência social ao trabalhador intermitente.

Nesse sentido, analisando as normas que integram os princípios e constituição da OIT o trabalho intermitente afronta o patamar mínimo civilizatório fixado pela Constituição e normas internacionais, não apresentando harmonia com a ordem jurídica brasileira.

Para a OIT o meio de evitar a precarização das condições do trabalho seria resguardar alguns direitos básicos como a jornada de trabalho mínima ou um mínimo de horas a receber por mês.

3.7 CONTRATO INTERMITENTE E A SEGURIDADE SOCIAL

A Previdência Social é um dos pilares dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição da República de 1988, que assim revela:

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

Vale ressaltar que a previdência social integra o sistema da Seguridade Social, Wagner Balera ensina que “o sistema de seguridade social “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, conforme disposto no caput do art. 194 da Carta Constitucional de 1988⁵¹.

A seguridade é um dos instrumentos para se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, conforme diretrizes fixadas na própria Constituição Federal no artigo 3º.⁵²

⁵¹ ⁵¹ BALERA, Wagner e MUSSI, Cristiane Miziara. Direito Previdenciário. 10ª ed. Método: São Paulo, 2014. p.26

⁵² BALERA, Wagner e MUSSI, Cristiane Miziara. Direito Previdenciário. 10ª ed. Método: São Paulo, 2014. p.20.

Ainda sob o luz da Constituição, o artigo 194, *caput* define a Seguridade Social como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Entre os princípios que se aplicam a seguridade estão a igualdade e legalidade, entre outros, destacamos aqueles previstos no artigo 194§ da Constituição, *in verbis*:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Grifo nosso).

Destacando ainda que a Constituição prevê a universalidade e cobertura do atendimento conforme prevê o princípio da Dignidade da pessoa humana, estando tal princípio atrelado ao princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento, pois todos os que vivem no território brasileiro tem sua Dignidade assegurada constitucionalmente, e terão direito a usufruir da Seguridade Social.

Art. 1º, III da Constituição Federal:

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

III – a dignidade da pessoa humana.

Vale destacar que o sistema Previdenciário é um sistema contributivo, assim, viabiliza o acesso aos benefícios previdenciários somente aqueles que contribuíram para tanto, nesse sentido, vislumbramos inconstitucionalidade, afronta aos princípios constitucionais na legislação trabalhista recém reformada.

Ao analisar a Lei 8.213/91, observamos que seu artigo 11, inciso I, prevê que o empregado é segurado obrigatório da Previdência Social, ou seja, basta ter a condição de empregado, todavia o artigo 911-A da CLT nos parágrafos 1º e 2º afastam essa condição do trabalhador intermitente, negando-lhe a qualidade jurídica de empregado para fins de recebimento do seguro desemprego, recebimento do auxílio doença para afastamento inferior a 15 dias e afasta ainda a condição de segurado caso não venha recolher sua cota-parte com base no valor do salário mínimo, *in verbis*.

Art. 911-A. O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

1º Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

§ 2º Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no § 1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017). (Grifos)

Observamos que para o pagamento destes benéficos faz-se necessário o recebimento pelo empregado do valor correspondente ao salário mínimo, já que o artigo 201,§2 da Constituição Federal prevê que nenhum benefício previdenciário será inferior a esta quantia, sendo este a base de recolhimento e valor mínimo para pagamento.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

Contudo, ao viabilizar a condição de segurado apenas aqueles que contribuem com a base de recebimento correspondente ao salário mínimo, nos chama a atenção do fato que os trabalhadores que contribuírem com valores inferiores ao salário mínimo não terão qualquer contrapartida pela previdência, demonstrando total afronta aos dispositivos constitucionais acima citados, tais como a equidade na participação do custeio.

Ou seja, não será computado como tempo de contribuição para fins previdenciários, inclusive para manutenção da condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social e cumprimento de prazo de carência para concessão de benefícios previdenciários, recolhimentos inferiores a base do salário-mínimo mensal, desde que não tenha sido efetuado o recolhimento da contribuição previdenciária complementar. Ressalta-se que o empregador contribui de acordo com sua cota-parte pois recolhe apenas sob os valores para os quais efetivamente teve a prestação de serviços.

Outro ponto polêmico da reforma trabalhista refere-se a interpretação do art. 452-A, § 13 da CLT, *in verbis*:

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterà:

(...)

§ 13. Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 1991. (Incluído pela Medida Provisória nº 808, de 2017)

Analisando a redação do §13 entende-se que a previdência deveria efetuar o pagamento direto ao colaborador a partir do primeiro dia de afastamento, mesmo que inferior a 15 dias consecutivos, já que tal responsabilidade foi afastada do empregador.

Ocorre que o sistema previdenciário não possui regras para pagamentos com prazo inferior a 15 (quinze) dias, a exemplo do autônomo, denominado contribuinte individual, que somente poderá se beneficiar do auxílio doença a partir do 15º dia de afastamento, arcando assim com afastamentos de períodos inferiores a este prazo. Tal procedimento decorre da leitura do art. 59, *caput* da lei 8.213/91 que traz o período de carência necessário a ser observado em caso de concessão do auxílio acidentário, *in verbis*:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Analisando a redação do artigo 452-A,§13 da CLT e art. 59 da Lei 8.213/91 observamos um conflito de normas, tendo em vista que a CLT cria uma norma especial para o intermitente, ou seja um novo cenário, se considerarmos que não existe regra ou espaço no sistema previdenciário para cobertura de incapacidade de curta duração, inferiores a 15 (quinze) dias.

Nesse toar, se considerarmos que a Lei afasta a responsabilidade do empregador sobre este período e diante da ausência de norma previdenciária que autorize o pagamento, o empregado encontra-se desprovido de cobertura, estando assim, equiparado ao trabalhador autônomo.

Diante do conflito supracitado, entendemos defensável atribuir ao empregador a obrigação de realizar os pagamentos caso o afastamento ocorra durante o período de convocação, devendo ser remunerado até o limite da quantidade de dias para os quais o empregado se comprometeu a comparecer, tal posicionamento decorre da assunção do risco do negócio, que é do empregador, já que naquele período o empregado não compareceu ao trabalho por fatores alheios a sua vontade.

Restam pendentes ainda regras sobre a estabilidade resultante do auxílio doença acidentário, diante dos termos do art. 118 da Lei 8.213/91:

“Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”.

Vejamos que a legislação garante a manutenção do contrato de trabalho em caso de acidentes, assim, no caso do trabalhador intermitente, nada garante que após eventual retorno de acidente de trabalho, embora seu contrato seja formalmente mantido, que este empregado venha receber novas convocações para o trabalho, ou ainda, que em razão da estabilidade decorrente de Lei que seu contrato passe a ser considerando indeterminado e contínuo. Tais aspectos deixam o trabalhador a margem da insegurança quanto a garantia de trabalho (estabilidade) prevista na Lei previdenciária.

3.8 DIREITO COMPARADO

A contratação sob a modalidade intermitente já é utilizada em diversos países, e já existe a mais de 80 (Oitenta) anos nos Estados Unidos, assim, iremos discorrer brevemente acerca de sua prática e reflexos.

O contrato intermitente também, conhecido como contrato zero, ou seja, aquele em que o empregado mante-se registrado sem que seu salário seja assegurado é uma modalidade já adotada em vários países, como Inglaterra, Estados Unidos, Itália, entre outros, o que viabiliza um cadastro de empregados disponíveis para eventos incertos e demandas sazonais, tudo dentro da Lei, viabilizando ao empregador meios de cumprir a legislação vigente, bem como evitar jornada extraordinária de seus empregados.

O conceito de salário-mínimo dificilmente se adequa ao conceito de contrato-zero, ante a natureza descontínua do contrato de trabalho, assim como também não demonstra-se razoável efetuar o pagamento do mesmo valor ao empregado intermitente quando comparado ao empregado que atua em jornada de 8 (oito) horas.

Homero Batista⁵³ alerta que o contrato intermitente se expandiu em países como a Inglaterra, observando alguns contextos sociais, completamente diferente do formato adotado no Brasil, em que o subemprego é tão ou mais significativo do que o emprego. Vários estudiosos enxergaram cenários terríveis, em que a taxa de desemprego poderá cair drasticamente, mas de maneira artificial e ilusória, existindo um cenário com várias pessoas empregada apenas formalmente, e o empregado ainda pode sofrer penalidades em dinheiro (como no caso da multa pela ausência após a confirmação), já que para as outras modalidades de contrato as penalidades resultam de medidas disciplinares tais como advertência e suspensão. Nesse contexto a redução da informalidade seria ilusória, isso porque um contingente de pessoas poderão estar empregadas mas sem que tenham renda assegurada. Homero Batista indica o exemplo do *buffet que costumava ter vaga para 20 garçons extras em eventos de finais de semana, com o contrato intermitente cadastra 100 garçons e os contrata. Esses 100 garçons estarão no rol das pessoas empregadas com registro em carteira, contudo, o real contingente que será necessário para atender a demanda não irá ultrapassar os 20 garçons.*

No mesmo sentido a Anamatra divulgou enunciado sobre o tema, informando que o contrato de trabalho intermitente não corresponde ao contrato zero britânico.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL NÃO CORRESPONDE AO ZERO-HOURS CONTRACT BRITÂNICO
Ementa NOS CONTRATOS DE TRABALHO INTERMITENTE, É OBRIGATÓRIO INDICAR A QUANTIDADE MÍNIMA DE HORAS DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, POIS NÃO SE ADMITE CONTRATO DE TRABALHO COM OBJETO INDETERMINADO OU SUJEITO A CONDIÇÃO PURAMENTE POTESTATIVA, CONSOANTE ARTIGOS 104, II, 166 II E 122 DO CÓDIGO CIVIL, APLICÁVEIS SUBSIDIARIAMENTE À MATÉRIA, NOS TERMOS DO ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT.
Arquivo 6181102017211040.doc

Em reportagem realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, sobre o contrato zero hora na Inglaterra foi relatado o problema de se aguardar por dias, ou

⁵³ BATISTA, Homero, Comentários a Reforma Trabalhista, 1ª ed. 2017 Revista dos Tribunais, p. 49.

até semanas para retornar a atividade laboral, nesse contrato o trabalhador recebe pelas horas em que exercer as funções, sem direitos sociais e benefícios, como indenizações decorrentes de demissão, segundo a reportagem, em torno de 25% das empresas na Inglaterra com mais de 250 trabalhadores utilizam esse tipo de contrato. O relato nos trouxe um alerta para o distanciamento com a figura do empregador, além dos empregado que poderiam ser efetivos atuarem como eventuais, observando apenas o baixo custo para a empresa.⁵⁴

No Brasil, muito já se discutiu sobre a jornada de trabalho praticada de forma semelhante ao contrato de trabalho intermitente, entre elas uma grande de empresa do ramo alimentício que contratava trabalhadores para cumprir jornada semanal, que poderia variar entre oito e quarenta e quatro horas, e de duas a oito horas diárias efetuando o pagamento apenas das horas trabalhadas, foi acionada pelo Ministério Público do Trabalho em 2005 por meio de ação civil pública sob o número no TST 9891900-16.2005.5.09.0004, por entender o *parquet* que tal prática demonstrava-se lesiva aos empregados. A 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho apesar de reconhecer que não há vedação expressa à chamada jornada móvel e variável, considerou esta modalidade de contratação era prejudicial ao empregado e determinou à empresa que a substituísse por jornada fixa com pagamento do salário mínimo profissional independentemente do número de horas trabalhadas. Após algumas evoluções processuais, a empresa interpôs embargos a SDI-1, e no curso do processo, celebrou acordo com o Ministério Público do Trabalho, com abrangência nacional se abstendo de realizar contratações sob a modalidade da jornada móvel, restando pendente o tema relativo ao salário integral da categoria.

Considerando que o acordo realizado prejudicou o principal argumento da ação, que era a incerteza do trabalhador de quando seria convocado e quanto ao número de horas que iria prestar no mês, restou comprovado que os empregados atuam como horistas e recebem conforme as horas prestadas no mês, entendendo o tribunal (decisão dos embargos à SDI) em novembro de 2015, como

⁵⁴ Coordenadoria de Rádio e TV; Tribunal Superior do Trabalho; http://www.tst.jus.br/noticias-teste/-/asset_publisher/89Dk/content/id/22614834. Acessado em 21/12/2017

lícito o pagamento proporcional nos casos de contratação para jornada inferior às oito diárias ou 44 semanais, conforme prevê a OJ 358 do TST, dando provimento ao recurso da empresa. O principal argumento para a referida decisão se embasou no risco de ferir o princípio da isonomia, já que empregados sujeitos ao mesmo tipo de trabalho em jornadas distintas (44 horas e jornada inferior a 44 horas) estariam recebendo a mesma contraprestação salarial. Vejamos a ementa do julgado:

RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DETERMINAÇÃO DE RESPEITO AO PISO SALARIAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL INDEPENDENTEMENTE DO NÚMERO DE HORAS TRABALHADAS - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 358 DA SBDI-1. A controvérsia cinge-se à análise da licitude de cláusula de contratos individuais de trabalho, realizados entre os empregados da reclamada e suas franqueadas, que estabelecem jornada laboral semanal móvel e variável não superior ao limite de 44 horas e inferior ao mínimo de 8 horas, com o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas. No caso, conforme se infere do acórdão do Tribunal a quo, é inconteste que os empregados sujeitos à jornada móvel e variável são horistas e recebem a remuneração de acordo com as horas trabalhadas. Consta no acórdão da Turma que a jornada "pode ser de oito horas diárias, bem como de apenas duas horas diárias" e, ainda, que "o salário-hora não foi reduzido pelo réu e que os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima". Diante do contexto fático delineado pelo TRT, verifica-se que a situação examinada não envolve empregados cuja remuneração é fixada por produção, matéria versada especificamente na Lei nº 8.716/93. Repise-se, no caso, conforme estabelecido contratualmente, a remuneração é fixada por horas de trabalho, sendo incontroverso que houve pagamento de salário mínimo proporcional à duração do trabalho. Nos termos do disposto na Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, "Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado". Esta é exatamente a hipótese versada nos presentes autos, em que a Turma desta Corte, contrariando os seus termos, deu provimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para julgar procedente a ação civil pública de forma a determinar que a reclamada garanta, "pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas". Isto porque o principal argumento que levou a Turma a julgar procedente a presente ação coletiva - ilicitude da adoção, pela reclamada, de jornada móvel e variável, por submeter os trabalhadores ao seu puro arbítrio durante 44 horas semanais, o que, no seu entender, ensejou a nulidade de todo o regime de

trabalho, inclusive no que tange ao pagamento de salário mínimo convencional proporcional à jornada de trabalho - não mais remanesce nos presentes autos, em razão de acordo de abrangência nacional firmado nos autos do processo nº 1040-74.2012.5.06.0011, perante a 11ª Vara do Trabalho do Recife. Tanto que mediante o despacho de fls. 957/957-v, julgou-se "extinto o processo, por perda de objeto, tão somente quanto à questão referente à obrigação de não contratar empregados mediante a adoção da chamada 'jornada móvel variável' ". Assim, partindo-se do pressuposto da adoção de jornadas de trabalho fixas e compulsando os precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, verifica-se que se buscou, na ocasião, afastar a afronta ao artigo 7º, IV, da Constituição Federal - em razão do contido no inciso XIII do mesmo dispositivo - nas hipóteses em que a empresa tenha fixado salário inferior ao mínimo legal ou ao piso salarial em razão do estabelecimento de jornada inferior à prevista no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, hipótese dos autos. Ora, se se considera lícito o pagamento de salário proporcional à jornada de trabalho, ainda que inferior ao mínimo legal e/ou convencional, não há amparo jurídico à pretensão do Ministério Público de ver remunerados de forma idêntica os trabalhadores sujeitos a jornadas de duas, quatro, seis e oito horas diárias, sob pena de contrariedade ao referido verbete e de ofensa ao princípio da isonomia insculpido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, já que empregados sujeitos ao mesmo tipo de trabalho em jornadas distintas estariam recebendo a mesma contraprestação salarial. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR -9891900-16.2005.5.09.0004 Data de Julgamento: 26/11/2015, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015).

O ministro Renato Paiva observou ainda que não há amparo jurídico para a pretensão do MPT de ver remunerados de forma idêntica trabalhadores sujeitos a jornadas de duas, quatro, seis e oito horas diárias, pois tal circunstância violaria o princípio da isonomia, restaram vencidos o voto dos ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Márcio Eurico Vitral Amaro, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann, Cláudio Mascarenhas Brandão e Augusto César Leite de Carvalho.

Esse debate nos faz refletir acerca da permissão, ainda que indireta, do pagamento inferior ao mínimo legal, reforçando a tese de que o artigo 7º da Constituição Federal se refere ao pagamento de salário mínimo para aqueles que exercem a jornada de 44 horas semanais.

O instituto de pesquisas e estudos avançados da magistratura e do Ministério Público, divulgou um estudo acerca do contrato intermitente em outros países, demonstrando que a reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, é falha sob diversos pontos que demonstram-se relevantes para a manutenção da dignidade da pessoa humana, bem como demais regras e princípios que norteiam o Direito do Trabalho no Brasil.

O referido estudo aponta que no Direito Francês o contrato intermitente⁵⁵; se assemelha ao trabalho intermitente praticado no Brasil no que se refere ao conceito de trabalho, por caracteriza-se por períodos alternados trabalhados e períodos não trabalhados correspondente às flutuações das atividades do empregador, contudo, na França para que seja celebrado esta modalidade contratual, faz necessário a formalização de acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou seja, o empregador não pode contratar diretamente o empregado.

Sob nossa ótica, tal cuidado visa preencher por meio de acordo ou convenção coletiva as lacunas decorrentes desta modalidade contratual, a fim de trazer maior segurança jurídica as partes.

Outro ponto interessante neste país é que o contrato intermitente poderá ser usado para a prestação de serviços permanentes que, por sua natureza, envolvam tais alternâncias, este projeto está em fase experimental até 31/dezembro 2019, assim, estão liberados do acordo ou convenção coletiva de trabalho os empregos sazonais cujas atividades são repetidas anualmente em períodos mais ou menos fixos ou ao ritmo das estações, como as colheitas, ouse seja, não é toda atividade empresarial que poderá fazer uso deste tipo de contrato.

Lembrando que não existe diferenciação acerca dos direitos do trabalhador intermitente, diferindo assim da nossa prática. Outro cuidado do legislador Frances foi proibir as contratações intermitentes para a substituição de trabalhadores em greve e para realizar trabalhos insalubres ou perigosos.

⁵⁵<http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/article/le-contrat-de-travail-intermittent> acessado em 05/02/2018.

Na Itália o contrato de trabalho intermitente ou a *chiamata* está originalmente disciplinado no *decreto legislativo n. 276/2003* e ocorre sempre que o empregador por necessidade de prestação de serviço de forma descontínua (exemplo de garçons, recepcionistas, entretenimento/espetáculos), lança mão do trabalhador para prestá-lo.

Nesta localidade o contrato intermitente deverá estar previsto nas convenções coletivas ou por meio de decreto do Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais que determinará os casos em que o trabalho intermitente pode ser utilizado.

É vedada a contratação em todos os períodos previsíveis durante todo o ano, o mês ou a semana, tais como finais de semana, feriados de Páscoa, etc; é necessário observar o limite de períodos para contratações intermitentes, sendo que cada empregado poderá atingir até 400 chamados em 3 anos do mesmo empregador, e, caso tal restrição não seja cumprida o contrato será considerado indeterminado e contínuo. A ressalva para a quantidade de chamados acima referida ocorrerá no setor de artes cênicas, desde que estejam registrados na câmara de comércio ou realizarem as atividades conforme estabelecido em acordo coletivo.

Na Bélgica também existe a limitação de horas prestadas ao ano.

É vedada a contratação intermitente para os setores de turismo, locais abertos ao público e espetáculo e o período não trabalhado não é remunerado, exceto se o empregador acordar que trata-se de tempo a disposição. Existe um sistema nacional (*Uni-Intermittente*), que identifica as partes que celebraram o contrato, bem como o início e o fim do período de cada chamada, trazendo assim maior transparência a relação.

Maria Aparecida Gugel destaca que não é possível ao empregador (na Itália) utilizar do contrato intermitente quando i) não realizar a avaliação de risco na empresa ii) substituir trabalhadores em greve iii) realizar dispensa coletiva nos seis meses anteriores à *chiamata*, salvo disposição em convenção coletiva de trabalho iv) suspender

o contrato de trabalho ou reduzir a jornada de trabalho. A jurisprudência italiana, exige-se do empregador documentação idônea para demonstrar o cumprimento dos pressupostos do contrato de trabalho intermitente. Há também decisão no sentido da inexistência de violação ao princípio da igualdade de tratamento entre o trabalhador homem e mulher (Tribunal de Firenze, de 25/janeiro/2011)⁵⁶.

Na Irlanda existem alguns métodos adotados no sentido de salvaguardar direitos básicos dos empregados, estabelecendo que, caso não ocorra convocação no mês, o trabalhador tem direito a compensação de 15 horas, ou 25% do contrato. Nos Estados Unidos, o trabalhador fica completamente à mercê da empresa, assim como no Brasil.

A OIT estima que, hoje, 10% da força de trabalho nos Estados Unidos têm horários irregulares. No Reino Unido, onde esse tipo de contrato foi apelidado de “zero hora”, eram 800 mil empregados em 2015, ou 2,5% da força de trabalho total. Cerca de 40% dos empregados nesse tipo de contrato trabalham menos que 16 horas semanais(...) No Reino Unido eram 800 mil empregados com esse tipo de contrato em 2015, ou 2,5% da força de trabalho. Cerca de 40% dos empregados nesse tipo de contrato trabalham menos que 16 horas por semana⁵⁷.

Em suma, há de se perceber a necessidade da sociedade se adequar as mudança e evolução dos mecanismos de trabalho, estando atenta as tendências mundiais, Zygmund Bauman em modernidade líquida nos lembra da necessidade de fluidez e adaptação da sociedade, pois sofremos uma constante mudança de necessidades, e isso nos remete a reflexão sobre o leve e líquido ao analisarmos como a interrupção, incoerência, surpresa são as condições comuns de nossa vida. Elas se tornaram mesmo necessidades reais para muitas pessoas, cujas mentes se alimentam de mudanças repentinas e estímulos constantemente renovados, nos trazendo a seguinte reflexão “Não podemos mais tolerar o que dura. Não sabemos

⁵⁶[www.ipeatra.org.br/site/artigos/2017/10/ocontratodetrabalhointermitenteEincompativelcomareservadecargosparapessoascomdeficiencia em empresas com cem ou mais empregados#ftn8](http://www.ipeatra.org.br/site/artigos/2017/10/ocontratodetrabalhointermitenteEincompativelcomareservadecargosparapessoascomdeficiencia%20em%20empresas%20com%20cem%20ou%20mais%20empregados#ftn8). Acessado em 06/02/2018.

⁵⁷ <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/noticias/2017/06/20/oit-jornada-intermitente-tem-de-prever-protecao-ao-trabalhador>. Acessado em 13/02/2018

mais fazer com que o tédio dê frutos”. Assim, toda a questão se reduz a isto: pode a mente humana dominar o que a mente humana criou?⁵⁸.

Observamos que alguns cuidados ainda precisam ser adotados para trazer maior segurança aos empregados contratados no regime intermitente e para que esta fluidez das mudanças necessárias a sociedade não se reflitam em precarização das relações de trabalho, a vista da prática já existente em outros países, já que não se pode negar tratar-se de uma tendência mundial.

Conclui-se que tomado alguns cuidados, o contrato intermitente poderá abrir portas para novos empregos, sem falar da possibilidade do empregado intermitente transformar seu contrato de trabalho em contínuo, diante do *turnover* comum na atividades empresariais, isso, desde que seja harmonizado com critérios mínimos de horas trabalhadas, ou compensações, estando em consonância com o nosso ordenamento jurídico e as convenções internacionais ratificadas.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, Rio de Janeiro, Zahar, 2001, p. 3.

3.9 CONCLUSÃO -REFORMA TRABALHISTA E O CONTRATO INTERMITENTE

Sob nossa ótica a reforma trabalhista se fez necessária sob diversos aspectos, todavia, padeceu de maior discussão sob seus reflexos e observância da norma jurídica como um todo, tais como os princípios do Direito do trabalho, assim, a urgência que sua aprovação ocorreu sem um debate amplo, democrático e aprofundado, de forma que envolvesse a sociedade, já que esta é detentora da verdadeira titularidade do poder constituinte, demonstrando desrespeito com os principais afetados pelos seus impactos, ou seja, a população.

A OIT critica principalmente os pontos da reforma que tratam da prevalência de negociações coletivas sobre a lei, chamado de “acordado sobre o legislado”. Destacando que as Convenções nº 144 e 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ambas ratificadas, preveem a necessidade de discussão entre as representações dos trabalhadores e dos empregadores e os Estados quando da apresentação de propostas que possam modificar o ordenamento jurídico laboral.

Um dos viés que podemos destacar é que a reforma trabalhista pode ser vista como meio de coibir o acesso ao judiciário em algumas situações, ao atribuir ao empregado ônus da sucumbência, tal raciocínio decorre de um estado cultural de buscar no judiciário a solução para qualquer conflito, considerando que na justiça do trabalho, os meios de solução de conflito extrajudicial não trazem a segurança jurídica necessária que possam estimular sua utilização, assim, transfere-se para a justiça do trabalho atribuições maiores do que ela pode resolver, resultando em um número expressivo de ações trabalhistas que tramitam por anos objetivando uma resolução que poderia ser obtida por outros meios alternativos de solução de conflitos.

Vale destacar que a reforma trabalhista deverá estar em consonância com a Constituição Federal, que é repleta de dicotomias que devem ser observadas na perspectiva de uma unidade e não parcialmente, devendo da mesma forma seus princípios serem observado, pois sem o visual do todo não se enxerga o real visual da parte.

Não podemos deixar de citar que nosso capitalismo é social não sendo nova a ideia do Estado do Bem-Estar Social, assim, temos uma estrutura econômica capitalista, contudo, sem deixar de observar os aspectos sociais na medida em que valoriza o indivíduo.

O judiciário em inúmeras decisões vem se posicionando nesse sentido, seja no direito individual, seja no coletivo, isso se observamos os cuidados necessário para demissões em massa, por exemplo, nessas hipóteses, diante da repercussão social das dispensas praticadas pelas empresas que não observarem o impacto na sociedade, a qual contribuiu para o seu crescimento, são revertidas, visando um bem maior, a fim de buscar o equilíbrio nas relações sociais e de trabalho, com a reforma trabalhista as empresas estão desobrigadas a negociar com as entidades sindicais as dispensas consideradas em massa, tal tema já traz discussões no judiciário e vem causando divergências entre juízes e tribunais acerca da aplicação da atual regra.

Identificamos algumas fragilidades na atual legislação, recém reformada, tornando o contrato de trabalho intermitente, tema do presente estudo, alvo de muitas discussões, frente a ausência de preceitos que venham dar suporte a sua aplicação e evitar critérios discriminatórios em sua prática, pois não podemos deixar de observar o ordenamento jurídico em sua totalidade.

Aqueles que são contra sua utilização defendem uma notória afronta aos seguintes dispositivos legais e princípios basilares da Constituição, os quais iremos elencar de forma exemplificativa, já que não se pretende esgotar o tema, ante as inúmeras possibilidades que a problemática envolve:

- i) Afronta a Constituição em seu art.7º ao deixar de garantir o mínimo salarial;
- ii) Descumprimento de cláusulas da teoria geral dos contratos diante da incerteza do valor a ser recebido e período de trabalho;
- iii) Transferência aos empregados do risco da atividade econômica em colisão ao artigo 2 da CLT;
- iv) Afronta ao artigo 4 da CLT segundo o qual o empregado deverá receber pelo tempo que estiver a disposição da empresa;
- v) Afronta a normas de saúde e segurança do trabalho, por não garantir que o empregado poderá usufruir de suas férias;
- vi) Convenções da OIT, 26,131,132, bem como os instrumentos que compõem a constituição da OIT;
- vii) Função social do trabalho e valorização do trabalho, artigo 1º, IV, e artigo 170, caput da Constituição ao inviabilizar o suprimento das necessidades vitais básicas do ser humano;
- viii) Dignidade da pessoa humana, artigo 1º, III da Constituição, ao não viabilizar um sustento digno;
- ix) Função social da propriedade (artigo 170, inciso III), por atender necessidades exclusivas da frente empresarial;
- x) Conflito de normas entre os artigos 452-A,§13 da CLT e Lei 8.213/91 referente a concessão do auxílio do doença para afastamentos inferiores a 15 (quinze) dias;
- xi) Ausência de normas que visem coibir a discriminação no ambiente de trabalho (gestante, estáveis, Cipeiros, Sindicalistas).

O Ministério Público do Trabalho já enfrentou discussões acerca do uso irregular do contrato intermitente no Brasil, sob a nomenclatura de contrato de trabalho com jornada variável ou móvel, sendo que esta modalidade contratual foi extinta em razão de um acordo firmado com o MPT, a repercussão deste embate se deu diante da incerteza dos ganhos dos trabalhadores, sendo esta prática vista como precarizante ao desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho, contudo, o TST já manifestou-se no sentido de permitir o uso da jornada móvel, com o pagamento apenas das horas efetivamente prestadas, considerando-se uma modalidade mais branda do contrato intermitente

diante da existência de um cronograma de trabalho o qual o colaborador saberá previamente a média de valores auferidos no mês.

Por outro lado, aqueles que defendem a plena utilização do contrato intermitente, entendem que seu uso irá trazer para a formalidade trabalhadores que estavam a margem da legislação, em trabalhos denominados “bicos”, além de aumentar o número de empregos, viabilizando uma solução para as empresas que possuem atividade sazonal.

No Brasil a Informalidade cresce, sendo necessário identificar meios para coibi-la, evitando em paralelo a precarização das relações de trabalho, o desemprego e a falta de incentivo as pequenas empresas são fatores que contribuem para a informalidade.

É certo que, reduzir direitos sociais ocasionam o aumento de violência e que o Direito deve andar em conjunto com o desenvolvimento social, assim, esta modalidade de contrato viabiliza ao empregador se recorrer de um trabalho complementar como meio de minimizar a quantidade de jornada excessiva que poderá ocorrer em razão da sazonalidade do negócio em que não é possível mensurar com a antecedência necessária o aumento da demanda para evitar a sobrejornada do contingente de trabalhadores que atua sob a modalidade de contrato por prazo indeterminado e contínuo.

Sabemos a gravidade que a jornada excessiva causa na vida dos trabalhadores, ante os reflexos a saúde física e mental, principalmente ao privá-los do convívio com a família e lazer.

Contudo, a ausência de critérios objetivos que impactem na utilização do contrato intermitente abre margem para seu desvirtuamento, sendo que a lei não restringe os segmentos que poderiam utilizar-se desta modalidade contratual, já que a sazonalidade na demanda seria um dos principais fatores a serem observados, a fim de evitar a troca da mão de obra fixa por mão de obra intermitente.

A medida provisória 808, altera a reforma trabalhista no artigo 452, "g", ao dispor que " Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses", contudo, traz um lapso temporal para esta limitação, ou seja, após este período a legislação permite a troca do contingente fixo pelo intermitente, causando insegurança nas relações de emprego e possível precarização.

Vislumbramos a possibilidade de contratar empregados sob o regime intermite benéfica para as partes, desde que a legislação venha completar as lacunas existentes, e que limite as atividades que podem fazer uso desta mão de obra, sabemos da necessidade da sociedade se adaptar a novas necessidades do mercado, contudo, para que tal fluidez ocorra sem prejuízos, faz-se necessário o complemento da legislação sob diversos aspectos.

Nessa reflexão este é o grande desafio, se conseguiremos nos adaptar as invenções trazidas sob o manto da flexibilização das normas do trabalho analisando em conjunto como a sociedade irá reagir a estes estímulos, entendemos que a modalidade do trabalho intermitente será benéfica, desde que seja utilizada como meio alternativo para minimizar o esforço daqueles segmentos que em razão da sazonalidade, ou, para trazer maior flexibilidade na execução do contrato de trabalho as partes, trazendo para formalidade trabalhadores que até então, estavam excluídos desta proteção.

Vale ressaltar que substituir a mão de obra fixa por intermitente também aponta reflexos negativos, pois os colaboradores fatalmente se sentirão desestimulados, não fazendo parte do negócio, ocasionando dificuldade as empresas no preenchimento do contingente mínimo para o exercício de suas demandas cotidianas e habituais.

No âmbito internacional, algumas leis exigem a pactuação de uma jornada mínima para que o sujeito tenha algum trabalho e tenha um piso para receber. Outra distinção é que algumas leis estrangeiras preveem o contrato intermitente, mas trazem a compensação pelo tempo à disposição, dispondo que

este tempo será remunerado/compensado (ainda que se pague 1/3 da hora ou metade da hora, por exemplo), assim, o empregado poderia contar com valores mínimos que decorrem daquele contrato de trabalho.

Por fim, concluímos que o contrato de trabalho intermitente poderá crescer as empresas e trabalhadores, dada a flexibilidade para ambas as partes na prestação de serviços, todavia, padece de garantias mínimas para que seja mantida a dignidade da pessoa humana e o respeito aos princípios e regras do nosso ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

- MASCARO, Amaury, Curso de Direito do Trabalho, 26ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011,
- MARTINEZ, Luciano, Curso de Direito do Trabalho, 7ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2016
- BONFIM, Vólia, Curso de Direito do Trabalho, 11ª edição, São Paulo, Ed. Método, 2015
- GODINHO, Mauricio, Curso de Direito do Trabalho, 14ª edição, São Paulo, LTR, 2015
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2014,
- BATISTA, Homero, CLT Comentada, RT, São Paulo, 2016
- CREMONESI, Andre, Concurso Jurídico, Direito do trabalho, São Paulo, ed. Saraiva, 2011
- BAUMAN, Zygmunt, Modernidade Líquida, Rio de Janeiro, Zahar, 2001
- LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquemático, 20ª ed, Saraiva, 2016
- Artigo Vólia Bofim Cassar – Comentários substitutivos ao Projeto de Lei 6787/2016
- Homero, Batista, Comentários a Reforma Trabalhista, 1ª ed. Revista dos Tribunais, 2017
- MORAES, Alexandre, Direito Constitucional, 13ª ed. 2013, Atlas
- GODINHO, DELGADO, A Reforma Trabalhista no Brasil, 1ª ed. 2017, LTR,
- BERNARDES, Felipe; Soares Josley, Joalvo, Magalhaes, Lilian, Kátiusca, ênfase, 2017
- BALERA, Wagner, Direito Previdenciário, 10ª ed, Método, 2014
- REFORMA TRABALHISTA, Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017, p. 183 – livro recomendado e citado por Magistrados
- BATISTA, Homero, CLT Comentada, RT, 2016, São Paulo
- MAZZUOLI, Valério, Curso de Direitos Humanos, 2ª ed, Método, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo, Direito Internacional do Trabalho, 3ª edição atualizada e com novos textos, Editora LTr, São Paulo.

BERNARDES, Felipe; Soares Josley, Joalvo, Magalhaes, Lilian, Kátiusca, ênfase, 2017.

José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, Malheiros, 9ª Ed, 2014.

<http://www.granadeiro.adv.br/clipping/jurisprudencia/2017/11/07/acao-questiona-trabalho-intermittente-previsto-reforma> Acessado em 07/01/2018.

Coordenadoria de Rádio e TV; Tribunal Superior do Trabalho;

http://www.tst.jus.br/noticias-teste/-/asset_publisher/89Dk/content/id/22614834.
Acessado em 21/12/2017

<http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/contrats-et-carriere/contrats-de-travail/article/le-contrat-de-travail-intermittent> acessado em 05/02/2018.

http://www.ipeatra.org.br/site/artigos/2017/10/o_contrato_de_trabalho_intermittente_E_incompativel_com_a_reserva_de_cargos_para_pessoas_com_deficiencia_e_m_empresas_com_cem_ou_mais_empregados#_ftn8 acessado em 06/02/2018.

www.oitbrasil.org.br