

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP

Jonatã de Souza

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS IMPACTOS DO
CONTRATO INTERMITENTE NO DIREITO BRASILEIRO

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

São Paulo

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP

Jonatã de Souza

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS IMPACTOS DO
CONTRATO INTERMITENTE NO DIREITO BRASILEIRO.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof. Dr. Leonel Maschietto.

São Paulo

2019

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia a minha esposa Keiliane e meu filho Artur, pela paciência, força e compreensão do período da minha ausência, pelo pouco tempo disponível para realização do trabalho.

Ao meu vô Uitamar que sempre me falou para buscar o conhecimento, que é a chave do sucesso.

Aos meus pais Gilmar e Elizabeth que me ensinaram a ser um homem digno, honesto e trabalhador, e que me ajudaram muito nos meus primeiros passos na vida acadêmica.

A minha irmã Susan pelo incentivo para seguir em frente nesta nova jornada.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboram para elaboração do presente trabalho.

AGRADECIMENTO

À Deus pela oportunidade de estudar e me aperfeiçoar, que muitos almejam e não conseguem por vários motivos.

Agradeço ao Professor Dr. Leonel Maschietto, coordenador do meu trabalho, pela sua dedicação e ensinamentos, que sempre me ajudou e acreditou no meu potencial, que contribuiu para o meu desenvolvimento profissional.

A todos os professores e amigos da COGEAE/PUC/SP, que me ajudaram também nesta caminhada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar todos os posicionamentos da doutrina majoritária, de associações de juízes e advogados, sob a aplicação da nova modalidade do contrato intermitente, no qual foi inserida pela Lei 13.467/2017 “Reforma Trabalhista”, analisando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os impactos no Direito do Trabalho, inclusive apresentando os pontos negativos e positivos para o empregado e empregador, além das possíveis soluções de conflitos.

Palavras-Chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Contrato Intermitente.

ABSTRACT

This paper aims to address all positions of majority doctrine, associations of judges and lawyers, under the application of the new mode of intermittent contract, which was inserted by Law 13.467 / 2017 "Labor Reform", analyzing the Principle of Dignity Human Rights and impacts on Labor Law, including presenting the negative and positive points for the employee and employer, as well as possible conflict solutions.

Keywords: Principle of Human Dignity. Intermittent Contract.

LISTA DE SIGLAS

AATSP – Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

CC - Código Civil

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

HC – Habeas Corpus

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

RE – Recurso Especial

RR – Recurso de Revista

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 TRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
1.1 CONCEITO.....	13
1.2 BREVE HISTÓRICO.....	14
1.2.1 ENCÍCLICA RERUM NOVARUM.....	14
1.2.2 DECLARAÇÃO DO DIREITO DO HOMEM.....	15
1.2.3 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	17
1.2.4 DIREITO FUNDAMENTAL NAS RELAÇÕES DO TRABALHO.....	17
1.3 VALOR SOCIAL DO TRABALHO	19
CAPÍTULO 2 CONTRATO INTERMITENTE	23
2.1 CONCEITO.....	23
2.2 REQUISITOS LEGAIS.....	25
2.3 CONVOCAÇÃO	26
2.4 RECUSA.....	26
2.5 MULTA	27
2.6 TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR.....	28
2.7 DIREITOS TRABALHISTAS	30
2.8 LIMBO PREVIDENCIÁRIO	31
CAPÍTULO 3 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS NO CONTRATO INTERMITENTE.....	33
3.1 PONTOS NEGATIVOS: EMPREGADO.....	33
3.1.1 A CONSTITUIÇÃO	34
3.1.2 A PRECARIZAÇÃO.....	35
3.1.3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO.....	38
3.1.4 FLEXIBILIZAÇÃO	39
3.1.5 A MODERNIZAÇÃO DO CONTRATO INTERMITENTE E A IMAGEM DO BRASIL NO EXTERIOR	40
3.1.6 INCOMPATIBILIZAÇÃO COM OS REQUISITOS DA CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO ...	41
3.1.6.1 ALTERIDADE	42
3.1.6.2 SUBORDINAÇÃO.....	42
3.1.6.3 NÃO EVENTUALIDADE.....	43
3.1.6.4 PESSOALIDADE	44
3.1.6.5 ONEROSIDADE.....	44
3.2 PONTOS NEGATIVOS: EMPREGADOR	45
3.3 PONTOS POSITIVOS DO CONTRATO INTERMITENTE.....	46
3.3.1 PONTOS POSITIVOS: EMPREGADO	46
3.3.2 PONTOS POSITIVOS: EMPREGADOR.....	46

CAPÍTULO 4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES DO CONTRATO INTERMITENTE.....	49
4.1 REGULAÇÃO ATRAVÉS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	49
4.2 EFETIVIDADE DO SINDICATO NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	50
4.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL	52
4.4 JURISPRUDÊNCIA.....	52
4.5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	53
4.5.1 CONCEITO	53
4.5.2 CONTROLE DIFUSO	53
4.5.3 CONTROLE CONCENTRADO	54
4.6 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	54
4.7 HERMENÊUTICA.....	55
4.8 A HARMONIZAÇÃO	56
4.9 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO	56
ASPECTOS CONCLUSIVOS.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
ANEXOS	66
ANEXO 1 – ACÓRDÃO 4ª TURMA – PROCESSO Nº TST-RR-10454- 06.2018.5.03.0097, MINISTRO RELATOR IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO.....	66

INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, que introduziu no ordenamento trabalhista a nova modalidade de Contrato Intermitente que surgiu em meio de uma crise política e financeira instalada no País, pois a então Presidenta Dilma tinha acabado de sofrer Impeachment em 31/08/2016, sob o crime de responsabilidade fiscal e créditos suplementares sem a devida autorização legislativa. Assim, o seu vice-presidente “Michel Temer” assumiu o cargo da presidência do Brasil. Com a pressão da Classe Empresarial, fez alianças políticas e no calar da noite aprovaram a Reforma Trabalhista, sem se quer abriram um fórum de discussão de representantes dos atores sociais.

Essa Reforma prometia para a sociedade a geração de empregos, já que no país havia um número muito grande de desempregados e com o Contrato Intermitente, previsto nos artigos 443, §3.º e 452-A e parágrafos seguintes, como principal objetivo tirar da informalidade os trabalhadores que prestavam o suposto “bico”, com a promessa de garantia de direitos trabalhistas. Outrossim, para o empregador foi prometido a flexibilização e facilidade na contratação dos empregados intermitentes.

O que influenciou a escolha do tema “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Impactos no Contrato Intermitente no Direito Brasileiro”, é a influência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em relação a aplicação do contrato intermitente nas relações trabalhistas.

A metodologia utilizada na monografia é o trabalho de compilação, através de pesquisas bibliográficas feitas por meio de material próprio, jornal da OAB, em sítios de *internet* para consulta da legislação, notícias da mídia, edições digitais e visitas na Biblioteca Digital da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em que consultamos os trabalhos de Tese de Doutorado e Monografia sobre o Contrato Intermitente.

Os posicionamentos de vários autores que utilizamos no trabalho proporcionou a exploração do método da dialética.

A estrutura do trabalho, no Capítulo 1 tratamos sobre o Trabalho e a Dignidade da Pessoa Humana, em que citamos os principais momentos da história, a partir da

Carta Encíclica Rerum Novarum de Papa Leão XIII do ano de 1891, primeiros documentos a falar da condição dos operários, depois outro marco importante depois da 2ª Guerra Mundial, com a finalidade de recuperar a humanidade que estava devastada, foi inaugurada a Declaração dos Direitos Humanos do ano de 1948, Organização da Nações Unidas criada em 1919, tinha a função da paz social e por fim nesse capítulo tratamos do trabalho digno como direito fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana como ponto central dos Direitos Humanos e o link com os outros princípios, como o do valor social,

Já no Capítulo 2 “Contrato Intermitente”, trazendo o seu conceito, requisitos legais, convocação, recusa, multa, tempo à disposição, direitos trabalhistas e o limbo previdenciário, fiel ao texto da lei.

O Capítulo 3 “Pontos Positivos e Negativos do Contrato Intermitente”, é a parte fundamental de nosso trabalho, é nesse contexto que vamos compreender e dialogar sobre os pontos positivos e negativos para o empregado e empregador, e se utilizando do método dedutivo, partimos de uma ideia geral e finalizamos com um caso concreto, a 4ª Turma Do TST, Ministro Relator Ives Gandra da Silva Martins Filho, reconheceu a validade da aplicação do Contrato Intermitente, que reformou a primeira decisão em segunda instância proferida pelo TRT 3º Região de Minas Gerais. O despacho completo está previsto no Anexo 1.

Por fim, no Capítulo 4 “Possíveis Soluções no Contrato Intermitente” é a materialização do legislador quando faz a lei, porém nem sempre é pacífica, sendo necessário a utilização de vários mecanismos eficientes, destaca-se a negociação coletiva do trabalho, que tem papel fundamental em regulamentar essa modalidade de contrato intermitente nas relações trabalhistas, um eficiente sindicato, este lutando e representando os direitos de seus sindicalizados. Os Controles de Constitucionalidade Difuso e Concreto, de Convencionalidade, a Hermenêutica, Princípio da Adequação Setorial idealiza por Mauricio Godinho Delgado, Princípio da Intervenção Mínimo e da Inafastabilidade da Jurisdição e Jurisprudência.

Capítulo 1 TRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1.1 Conceito

Deocleciano Torrieri Guimarães conceitua trabalho como “Atividade consciente e voluntária, esforço humano para produção de riqueza”.¹

Amauri Mascaro Nascimento conceitua Dignidade da Pessoa humana como:

(...) outro valor que o direito do trabalho procura preservar, na linguagem filosófica, é uma noção complexa que tem dois significados dignitas, que significa o mérito, a qualidade, o prestígio do guerreiro vitorioso.²

A Dignidade da Pessoa Humana para Luciano Martinez está ligada há um mínimo de autonomia, e que em uma negociação nenhum dos sujeitos podem ter anulada totalmente a sua própria autonomia, mesmo com anuência das partes.³

A junção dos dois conceitos temos o chamado Trabalho Digno, que podemos definir como qualquer atividade com ou sem esforço, seja físico ou intelectual, com intuito de gerar riquezas e garantir a subsistência do ser humano, e que sejam fornecidas ao empregado condições dignas, de saúde e de segurança no trabalho, respeitando seus direitos e preservando a sua identidade social, a sua liberdade.

A escravidão rompe esse conceito de Trabalho Digno, que ainda nos dias de hoje existe.

Luciano Martinez ao ser perguntado sobre a existência da Escravidão nos dias de hoje, responde:

A **escravidão da atualidade**, que existe e que incomoda, é fruto da fragilidade de alguns trabalhadores (normalmente rurais domésticos

¹ Deocleciano Torrieri Guimarães. Dicionário Técnico Jurídico, p. 513.

² Amauri Mascaro Nascimento. Inicialização ao Direito do Trabalho, p. 116.

³ Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho, p.115.

ou estrangeiros irregularmente ingressos) que, em busca da satisfação de suas necessidades essenciais, são levados a extrapolar, mesmo contra as suas vontades, os limites de suas próprias dignidades”.(grifado no original).⁴

No mesmo sentido Fabio Goulart Villela, define essa escravidão em moderna:

(...) compreende uma variedade de violações dos direitos humanos, não se limitando a um atentado contra a liberdade pessoal da vítima. O que se faz é **negar ao trabalhador os direitos básicos** que o distinguem dos demais seres vivos. Antes de se atentar contra a liberdade, **violenta-se a dignidade**”.⁵ (grifamos).

1.2 Breve Histórico

Iniciando o nosso trabalho, vamos trazer um breve histórico de importantes fatos que marcaram o Trabalho e a Dignidade da Pessoa Humana. Como a Encíclica *Rerum Novarum*, Declaração do Direito do Homem e a Organização Internacional do Trabalho.

1.2.1 Encíclica *Rerum Novarum*

Um dos marcos importantes para o estudo, sem dúvida, foi o papel da Igreja, através de Papa Leão XIII, que publicou em 15 de maio de 1891, a Carta Encíclica “*Rerum Novarum*”, que disciplinou sobre a condição dos operários.

Esse documento relatava de forma genérica os abusos cometidos contra os operários e indicava as soluções a serem tomadas, citamos um trecho: “é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida”⁶

⁴ Luciano Martinez, op. cit., p. 116.

⁵ Benizete Ramos de Medeiros (coord.). O Mundo do Trabalho em Movimento e as Recentes Alterações Legislativas: um olhar luso-brasileiro, p. 98.

⁶ Leão XIII, Papa, Carta Encíclica “*Rerum Novarum*”, Capítulo 10. Disponível em < <http://w2.vatican.va/content/leao-xiii> > Acesso em: 02-04-2019.

A Carta Encíclica estabelecia normas de condutas aos ricos e aos patrões, dizendo que “(...) não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem”.⁷

Por ser um documento escrito por um Papa, era dotado de analogias ao texto bíblico, a linguagem e ensinamentos de Deus, da justiça natural, que está acima de todos, mais implicitamente um texto rico, que já trazia em seu bojo a dignidade do ser humano, que o operário tenha um salário suficiente para o sustento, a figura do sindicato como o mediador de conflitos.

Interessante destacar que em nossa legislação esses direitos só venho a ser positivado por coincidência no mesmo mês de maio do ano de 1943, com a publicação da Consolidação das Leis Trabalhistas e no ano de 1988 com a entrada em vigor da Carta Magna, que será objeto de estudo mais para frente.

1.2.2 Declaração do Direito do Homem

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, trouxeram grandes impactos para a humanidade, inclusive no aspecto da dignidade humana, começaram a surgir novos pensamentos de proteção, o que impulsionou o nascimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Dispõe o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos que “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.⁸

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XXIII, diz que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.⁹

⁷ Essa dignidade do homem, quer dizer através do trabalho do corpo que o homem tira o seu sustento e sobrevive e que não seja considerado apenas um objeto de lucro dos ricos.

⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 06-07-2019.

⁹ Ibid., p. 12.

Nos explica Diego Pereira Machado que “Esse documento está fundamentado em **dogmas jusnaturalistas**, pois se baseia no princípio da dignidade humana, centrando o homem como base de sua normativa”.¹⁰

A palavra **dogma**, significa “Princípio tido como certo e irrefutável; doutrina apresentada como certa e indubitável, em religião, direito, filosofia”, já a palavra **jusnaturalistas**, quer dizer “**jus**” (latim) - direito e “**naturalistas**” natural, ou seja, direito natural, que tem o sentido de “supõe a existência de certos princípios com uma ideia superior de Justiça, aos quais os homens não se podem contrapor. Este conceito é indiscutível” ¹¹(grifamos).

Assim Norberto Bobbio entende que “essencial que os direitos humanos sejam protegidos por um regime de direito, a fim de que o homem não se veja compelido ao supremo recurso da rebelião contra a tirania e a opressão”.¹²

Inclusive o tema central do Jornal do Advogado, nº 445, foi a comemoração dos 70 anos Declaração Universal dos Direitos Humanos da OAB SP, que teve como participantes especialistas para discutir avanços e desafios, completados em 10 de dezembro. Uma das matérias discutidas “A relevância da proteção da dignidade humana”, no qual reforçou a importância e a centralidade da dignidade da pessoa humana.¹³

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, 14-25 de junho de 1993, traz em seu texto a dignidade humana como elemento central dos Direitos Humanos, vejamos:

Reconhecendo e afirmando que todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, e que, conseqüentemente, deve ser o seu principal

¹⁰ Diego Pereira Machado; Frederico Amado e Lucas Pavione (organizadores). Coleção Resumos Direitos Humanos, p. 145.

¹¹ Deocleciano Torrieri Guimarães. Dicionário Técnico Jurídico. Prefaciado pelo Ministro Antônio Cesar Peluso, páginas 261, 271 e 374.

¹² Norberto Bobbio. Ensaios Escolhidos. São Paulo: C. H. Cardim, [s.d]. El tiempo de los derechos. Madri: Sistema, 1991b, p. 69, apud Roberto Bueno. A filosofia Jurídico-política de Norberto Bobbio, p.190.

¹³ Jornal da Advogado. 70 anos Declaração Universal dos Direitos Humanos. São Paulo: OAB, ano XLIV, nº 445, Dez/2018 - Jan-2019, p. 9.

beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades, (...) ¹⁴

1.2.3 Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, com a finalidade de promover a justiça social, ganhadora do Prêmio Nobel da Paz em 1969, tem representantes do governo, empregadores e de trabalhadores (estrutura tripartite), composta por 188 Convenções Internacionais de Trabalho e 200 Recomendações, tratam sobre diversos temas do Direito do Trabalho, o mais recente são o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente. ¹⁵

1.2.4 Direito Fundamental nas Relações do Trabalho

A Constituição Federal de 1988, consagrou a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, Título I, Dos Princípios Fundamentais, artigo 1º, dispõe, *in verbis*:

Art.1.º A República 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;¹⁶

É o entendimento de Gabriela Neves Delgado que “(...) o princípio da pessoa humana traduz, na Constituição Federal de 1988, a ideia de que o valor central da sociedade está na pessoa, centro convergente dos direitos fundamentais”.¹⁷

A dignidade humana, no âmbito constitucional, não atinge somente o ponto de vista individual, existe uma amplitude, uma “**aplicação multidimensional do princípio**”.¹⁸ (grifamos).

¹⁴Declaração e Programa de Ação de Viena – Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Disponível em < https://www.oas.org/dil/port/1993_Declaracao_e_Programa_de_Acao_adoptado_pela_Conferencia_Mundial_de_Viena_sobre_Direitos_Humanos_em_junho_de_1993.pdf > Acesso em:06-07-2019.

¹⁵ Disponível em < <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/> > Acesso em: 07-07-2019.

¹⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 07-07-2019.

¹⁷Gabriela Neves Delgado. Direito Fundamental ao Trabalho Digno, p.79.

¹⁸ Ibid., mesma página.

No mesmo sentido Diego Pereira Machado define:

A dignidade da pessoa humana, a nosso entender, deve ser o cartão de visitas da CF de 1988, tanto que está prevista no início do texto, mais precisamente no inc. III do art.1º, estando ali como um dos fundamentos da República Federativa.¹⁹(grifado no original).

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, “O trabalho humano é um valor, e a dignidade do ser humano como trabalhador, um bem jurídico de importância fundamental”.²⁰

A ideia do reconhecimento da dignidade humana para Maurício Godinho Delgado, pode ser entendida como um direito de proteção individual (Estado e indivíduos) e de outro lado como um dever fundamentado na igualdade das pessoas humanas.²¹

Nos ensina também que essa dignidade não se limita somente a dimensão particular, atreladas à personalidade e sem reflexo no social. Para ele, essa ligação também é uma afirmação social do ser humano e que se relaciona com outros princípios da não-discriminação, o da justiça social e o da equidade.²²

A primeira Constituição a tratar dos direitos dos trabalhadores foi a de 1934, as demais versaram sobre o tema também. A Constituição Federal de 1988, disciplinou vários direitos dos trabalhadores, elevando o Direito do Trabalho ao ápice.²³

Mister destacar análise feita por Maurício Godinho Delgado sobre o Texto Constitucional do Direito do Trabalho. Conceitua primeiramente o Estado Democrático de Direito, este é composto por um tripé: a pessoa humana, a sociedade política e a sociedade civil.

Esse autor destaque a efetiva dignidade à pessoa humana, que é fundamental para o Direito do Trabalho.

No segundo lugar, direitos e garantias e sociais fundamentais.

¹⁹ Diego Pereira Machado; Frederico Amado; Lucas Pavione (organizadores). Coleção Resumos para Concursos, p. 41.

²⁰ Amauri Mascaro Nascimento. Curso de Direito do Trabalho, p.279.

²¹ Vicente Paulo; Marcelo Alexandrino. Direito Constitucional descomplicado, p.94.

²² Mauricio Godinho Delgado. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho, p.118.

²³ Indicamos a leitura de Sergio Pinto Martins que trata sobre o contexto histórico em sua obra Direito do Trabalho, p. 38.

Em terceiro lugar, da ênfase aos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, além da dignidade humana, destaca a justiça social, da valorização do trabalho e outros, todos previstos no texto constitucional.

Em quarto lugar, ressalta a lei máxima de tão importante a pessoa humana e o trabalho, que reservou 4 títulos: Dos Direitos Fundamentais, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Da Ordem Econômica e Financeira e Da Ordem Social.

Em Quinto Lugar, cita os princípios individuais do trabalho, irredutibilidade do salário, o da norma mais favorável e etc.

Mister destacar o Oitavo Lugar, que traz as normas internacionais que tratam sobre direitos humanos, direitos trabalhistas, positivadas nas Convenções Internacional do Trabalho.²⁴

No entendimento de Júlio Ricardo de Paula Amaral diz: “regra geral, os direitos fundamentais podem ser concebidos como atributos naturais atinentes ao homem, ligados essencialmente aos valores da dignidade, liberdade e igualdade”.²⁵

Ressalta Gabriela Neves Delgado que “se ao trabalhador não são asseguradas condições mínimas de saúde e de segurança no trabalho, por exemplo, não há espaço para o exercício do direito fundamental ao trabalho digno, que será mera abstração”.²⁶

1.3 Valor Social do Trabalho

Como já vimos a dignidade humana está ligada a outros princípios, segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino cita o valor social do trabalho e da livre iniciativa, dizendo que:

É fundamento do nosso Estado. (...) Assim dispondo, nosso constituinte configura o Brasil como um Estado obrigatoriamente capitalista e, ao mesmo tempo, assegura que, nas relações entre capital e trabalho será reconhecido o valor social deste último. No art. 170, a Constituição reforça esse fundamento, ao estatuir que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-

²⁴ Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho, p. 63-64.

²⁵ Júlio Ricardo de Paula Amaral. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas, p. 26.

²⁶ Gabriela Neves Delgado. Direito Fundamental ao Trabalho Digno, p. 23.

iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.²⁷

Acerca do Assunto nos explica Pedro Lenza que:

O Constituinte privilegia, portanto, o **modelo capitalista**, porém, não se pode esquecer da **finalidade** da ordem econômica, qual seja; assegurar a todos a **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, afastando-se, assim, de um Estado ausente nos moldes do liberalismo.²⁸ (grifado no original).

Um dos princípios da ordem econômica elencados no artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal, destaca-se a busca do pleno emprego, é entendimento do autor supracitado que O Estado deve fomentar e intervir na política econômica, conforme admite o texto Constitucional”.²⁹

O artigo 193 da Carta Magna traça a ordem social e tem como base o trabalho, com o objetivo do bem-estar e a justiça sociais.

O Valor Social está disciplinado no artigo 1º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 1.º 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;³⁰

Define Gabriela Neves Delgado que:

O valor social do trabalho, parâmetro relevante para a vida da comunidade brasileira e para as políticas estatais destinadas aos seres humanos. O que significa que a Carta Magna fixa um conteúdo

²⁷ Vicente Paulo; Marcelo Alexandrino. Direito Constitucional descomplicado, p.94.

²⁸ Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado, p. 984.

²⁹ Ibid., p. 839.

³⁰ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 13.07.2019, às 9h00.

para o Direito, para a sociedade e para o próprio Estado em torno do valor do trabalho.³¹

A garantia da dignidade humana tem três requisitos essenciais segundo Maurício Godinho Delgado, são eles: Construir uma sociedade livre, justa e solidária.³²

Esses três requisitos constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3.º, inciso I, da Constituição Federal.

Como já vimos, Mauricio Godinho Delgado cita alguns princípios relacionados com o princípio da dignidade humana. Começamos pelo Princípio da Não-discriminação, que conceitua como um “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.³³

É entendimento desse autor que o princípio da não-discriminação, não se confunde com o princípio da isonomia, este tem um conceito genérico, mais amplo de igualdade. Cita um exemplo do princípio da não-discriminação, o tratamento jurídico contratual desigual à empregada em desfavor do empregado, em face de ser mulher. Tal situação é inaceitável devido a discriminação de sexo, garantia prevista na Constituição Federal. Então esse princípio garante o mínimo de civilidade, que Maurício Godinho Delgado dá ênfase.³⁴

Segundo princípio correlacionado pelo autor, é o princípio da justiça social como um dos fundamentos da Carta Magna. Mauricio Delgado Godinho diz: “o princípio da justiça social dispõe que, independentemente das aptidões, talentos e virtudes individualizadas, cabe às pessoas humanas acesso a utilidades essenciais existentes na comunidade”.³⁵

Nesse sentido, define à ação do princípio da justiça social como um “comando instigador ao desenvolvimento e avanço desse ramo jurídico especializado”.³⁶

³¹ Gabriela Neves Delgado. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, p. 80.

³² Maurício Godinho Delgado. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, p. 120.

³³ *Ibid.*, p.122.

³⁴ *Ibid.*, mesma página.

³⁵ Maurício Godinho Delgado. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, p. 136.

³⁶ *Ibid.*, p. 137.

Por fim, o princípio da equidade, conceito moderno que Maurício Godinho Delgado nos ensina:

(...) significa, pois a, suavização do rigor da norma abstrata, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto posto a exame judicial. A lei regula uma situação-tipo, construindo norma fundada nos elementos mais globalizantes dessa situação: o intérprete, pela equidade, mediatiza o comando abstrato, ao torna-lo concreto.³⁷

O Direito do Trabalho é um dos direitos sociais previstos no artigo 6.º da CF. A doutrina classifica esses direitos de 2.º geração.

Sergio Pinto Martins conceitua “Direitos sociais são garantias estabelecidas às pessoas para a proteção de suas necessidades básicas, visando garantir uma vida com um mínimo de dignidade”.³⁸

³⁷ Ibid., p. 138.

³⁸ Sergio Pinto Martins. Direito do Trabalho, p.14.

Capítulo 2 CONTRATO INTERMITENTE

A Reforma Trabalhista, lei 13.467/2017, introduziu na Consolidação das Leis Trabalhistas uma nova modalidade de contrato, qual seja: o contrato intermitente. Com intuito de criar empregos, modernizar leis e tornar as empresas mais competitivas em relação ao mercado exterior³⁹, essa reforma foi elaborada no momento de crise financeira e política no Brasil, pressionada pela classe empresarial, sancionada pelo presidente Michel Temer, publicada em 13 de julho de 2017⁴⁰, que substituiu a primeira mulher presidenta da nossa história, Dilma Rousseff, que foi impedida de terminar seu mandato, com o pedido de Impeachment em 31/08/2016, devido crimes de responsabilidade por pedaladas fiscais e por créditos suplementares sem autorização legislativa.⁴¹

2.1 Conceito

Destaca-se que a Lei 13.467/17 alterou o artigo 443 e inseriu o §3º da CLT, vejamos:

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**. (grifamos).

§3.º 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.⁴²

³⁹ Zélia Maria Cardoso Montal; Luciana Paula Vaz de Carvalho (org.). Reforma Trabalhista em Perspectiva: desafios e possibilidades, p. 33.

⁴⁰ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm > Acesso em 21-07-2019, às 15:42.

⁴¹ Disponível em < https://pt.m.wikipedia.org/wiki/impeachment_de_Dilma_Rousseff > Acesso em 21.07.2019, às 15:37.

⁴² Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > Acesso em 21.07.2019, às 15h46.

O trabalho intermitente para Francisco Meton Marques de Lima, transcrevo suas palavras:

Intermitente é o trabalho prestado sem dia e horário fixos de trabalho. O contrato deverá ser por escrito e conter especificadamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor-horário do salário mínimo ou àquele pago aos demais empregados que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.⁴³

Francisco Antonio de Oliveira define como:

Intermitente constitui adjetivo de dúplice gênero originário do latim intermitente. Intermitência significa que o trabalho **cessa e recomeça por intervalos**, maiores ou menores, que se **manifestam com intermitências**; que **não é contínuo**, que tem interrupções. O antônimo de intermitente é contínuo. A intermitência poderá ser causada por horas, dias ou mesmo meses. Vai depender do tipo de atividade que será prestada. O parágrafo excepciona os aeronautas, os quais são regidos por legislação específica.⁴⁴(grifado no original).

Jorge Luiz Souto Maior conceitua:

O Contrato Intermitente é uma modalidade de relação de emprego, e só há relação de emprego a partir do trabalho prestado de forma não eventual, subordinada e remunerada, sendo que a caracterização dessa relação se verifica em conformidade com o princípio da primazia da realidade.⁴⁵

Nos ensina Luciano Martinez sobre o princípio da primazia da realidade, vejamos:

O princípio da **primazia da realidade** baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual a realidade dos fatos prevalece sobre

⁴³Francisco Meton Marques de Lima. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto. p. 62.

⁴⁴Francisco Antonio de Oliveira. Reforma Trabalhista: comentários à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, p. 37.

⁴⁵Benizete Ramos de Medeiros (coord.). O Mundo do Trabalho em Movimento e as Recentes Alterações Legislativas: um olhar luso-brasileiro, p.23.

meras cláusulas contratuais ou registros documentais, ainda que em sentido contrário. De nada, portanto, adianta mascarar a verdade, uma vez que se dará prevalência ao que efetivamente existiu. (grifado no original).⁴⁶

Aliás, esse autor diz que nessa modalidade de contrato intermitente:

A prestação dos serviços subordinados é oferecida de maneira fracionada, com alternância de períodos de atividade e de inatividade, segundo a lógica do *just in time*, vale dizer, do consumo fatiado, a granel, do número exato de horas, dias ou meses necessários à satisfação dos interesses patronais. ⁴⁷(grifado no original)

2.2 Requisitos Legais

A formalidade do contrato de intermitente deve ser necessariamente por escrito, que não será admitido a forma verbal ou tácita e deverá constar no instrumento contratual o valor da hora de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor da hora do salário mínimo e nem do seu paradigma.⁴⁸

É o que expressa o artigo 452-A da CLT:

Art.452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente 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. ⁴⁹

Quando a lei fala em salário mínimo/hora devemos ler como “salário mínimo legal” ou “salário mínimo profissional”, que serve como base de cálculo para a remuneração.⁵⁰

⁴⁶ Luciano Martinez, Curso de Direito do Trabalho, p. 137.

⁴⁷ Ibid., p. 369.

⁴⁸ Carlos Eduardo Oliveira Dias; Guilherme Guimarães Feliciano et al. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, Visão Crítica e Interpretação Constitucional, p.85.

⁴⁹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 21-07-2019, às 16h05.

⁵⁰ Francisco Meton Marques de Lima. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto. p. 62.

2.3 Convocação

A convocação do empregado deverá ser feita pelo empregador com antecedência mínima de 3 dias corridos, sobre a prestação de serviços e sua jornada de trabalho, através de qualquer meio de comunicação eficaz, é o que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 452-A da CLT.⁵¹

Os meios eficazes de comunicação para Guilherme Guimarães Feliciano, inclui-se o e-mail, telegrama, telefonema etc., para ele é necessária que essa convocação seja documentada.⁵²

Outro fator interessante que deve ser levado em conta é a disponibilização do meio de comunicação de cada região, pois tem lugares que a comunicação disponível é um Rádio Amador.⁵³

2.4 Recusa

O empregado devidamente convocado terá um dia útil para responder ao chamado, no silêncio, será considerado a recusa, conforme disposição legal do parágrafo 2.º do artigo 452-A da CLT.

De acordo com autor que citamos, essa recusa gera uma presunção, que é *júris tantum*, que poderá o empregado ter recebido o chamado, porém por força maior não consegue se comunicar com o empregador ou até mesmo por algum problema na comunicação.⁵⁴

O parágrafo 3.º do artigo supracitado, diz:

§3.º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

⁵¹ Disciplina o §1º do artigo 452-A da CLT:

§1.º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

⁵² Carlos Eduardo Oliveira Dias; Guilherme Guimarães Feliciano et al. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, Visão Crítica e Interpretação Constitucional, p.85.

⁵³ Francisco Antonio de Oliveira. Reforma Trabalhista: comentários à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, p.40

⁵⁴ Ibid., p.41.

É entendimento de Ivani Contini Bramante que “a recusa do empregado é permitida e não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente; logo não constitui falta grave do empregado”.⁵⁵

Nesse sentido, Guilherme Guimarães Feliciano entende que “o trabalhador intermitente é mesmo empregado da empresa tomadora, independentemente do número de recusas à oferta de trabalho (que, portanto, não configuram infração disciplinar de qualquer ordem).⁵⁶

2.5 Multa

Em caso de descumprimento de ambas as partes no aceite da oferta, sem justo motivo, quem deu causa pagará a outra parte, no prazo de 30 dias, uma multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo, conforme preceitua o §4.º, do artigo 452, do mesmo códex.

Vólia Bomfim Cassar levanta uma questão:

O valor da multa deve ser sobre todo o trabalho convocado ou apenas sobre o valor do salário do dia, da hora? Em resposta, ela traz um caso hipotético: “vamos dizer, que o empregador convoque um professor intermitente para trabalhar naquele semestre, em substituição a outro. Caso aceite e não compareça, pagará pelo dia faltante ou por todo o semestre? Sugerimos que a multa incida apenas sobre um dia de trabalho, e não sobre todo o período de convocação.”⁵⁷

Indaga Homero Batista Mateus da Silva, sobre a retenção do valor da multa na próxima diária em relação a ausência do dia anterior, que neste caso irá reter os 50% do pagamento do empregado. Para ele essa situação é complexa na prática. Acha injusto também no caso do comparecimento do empregado no dia e hora marcado e descumprimento do empregador, e este tendo que pagar somente 50% ao funcionário, sendo que este largou a outra oferta por acreditar que aquele dia iria

⁵⁵Zélia Maria Cardoso Montal; Luciana Paula Vaz de Carvalho (orgs.) Reforma Trabalhista em Perspectiva: desafios e possibilidades, p.34.

⁵⁶ Carlos Eduardo Oliveira Dias; Guilherme Guimarães Feliciano et al. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, Visão Crítica e Interpretação Constitucional, p.85.

⁵⁷ Vólia Bomfim Cassar. Comentários à Reforma Trabalhista, p.46.

trabalhar para tal empresa, alega também que nesse dia terá direito ao vale-transporte, conforme Lei 7.418/1985.⁵⁸

Assim, Francisco Antonio de Oliveira, entende que “o §4º traduz cláusula leonina em que o empregador se locupleta às custas do hipossuficiente, sem qualquer demonstração de dano ou prejuízo”.⁵⁹

Esse mesmo autor fala da proibição de descontos nos salários, exceto adiantamentos previstos em lei ou norma coletiva, conforme artigo 462 e §1.º da CLT⁶⁰, vejamos:

Art.462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resulta de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§1.º Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.⁶¹

2.6 Tempo à disposição do Empregador

A necessidade do trabalho intermitente algumas vezes é imprevisível e pode variar em tempos em tempos, esse contrato é destinado para serviços descontínuos, transitórios, com alternância de períodos de trabalho e de inatividade.⁶²

Indica Jorge Luiz Souto Maior que a intermitência só poderá ser aplicada nas situações de fato que necessitam do trabalhador intermitente, e diz que a intermitência atinge à atividade em si e não a sua temporariedade, e que o legislador tipificou a exceção à atividade do aeronauta, que serão regidos por lei própria.⁶³

No ponto de vista de Francisco Antonio de Oliveira, entende que a intermitência do parágrafo 3º, do artigo 443, da CLT, o legislador não se preocupou na aplicação de como será a duração desses intervalos em menor ou maior de acordo com atividade prestada. O parágrafo 5º, traz a figura do período de inatividade que

⁵⁸ Homero Batista Mateus Silva. Comentários à Reforma Trabalhista. p. 85.

⁵⁹ Francisco Antonio de Oliveira. Reforma Trabalhista: comentários à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, p.41.

⁶⁰ Ibid, p.85.

⁶¹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 25-07-2019, às 18h30.

⁶² Vólia Bomfim Cassar. Comentários à Reforma Trabalhista, p.45.

⁶³ Benizete Ramos de Medeiros (coord.). O Mundo do Trabalho em Movimento e as Recentes Alterações Legislativas: um olhar luso-brasileiro, p. 23.

não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo prestar serviços a terceiros. No entanto defende que só será possível se essa intermitência não perdurar por dias ou meses, e que se for durante a jornada de trabalho ou semana, é considerado tempo à disposição do artigo 4º da Consolidação das Leis Trabalhistas, já que na sua visão não poderá prestar serviços à terceiros caso ocorra o comprometimento de seu labor intermitente. Afirma que o §3º foi mal elaborado em falar em intermitência de horas ou de dias.⁶⁴

Assim reza o artigo 4º da CLT:

Art. 4.º 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.⁶⁵

O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes (parágrafo §5.º da CLT.)

Nos ensina Homero Batista Mateus da Silva que para o Legislador o período sem chamado do §5.º do artigo 452-A da CLT significa suspensão contratual, sem salário e sem trabalho, e que esse período pode durar dias, semanas, meses e anos sem prestação de serviços e sem encargos, e que ao seu ver está fora do conceito de tempo à disposição do empregador.⁶⁶

Quando esse autor fala que está “fora do conceito de tempo à disposição do empregador”, quer dizer que esse tempo à disposição está fora do conceito legal do artigo 4.º da CLT, que fala que tanto no aguardo ou quanto na execução das ordens é considerado tempo à disposição do empregador.

Nesse sentido Maurício Godinho Delgado diz que “a lei 11.467/17, entretanto, ladinamente, tenta criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição”.⁶⁷

⁶⁴ Francisco Antonio de Oliveira. Reforma Trabalhista: comentários à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, p. 37.

⁶⁵ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em:26-07-2019, às 19h17.

⁶⁶ Homero Batista Mateus Silva. Comentários à Reforma Trabalhista. p. 85.

⁶⁷ Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho, p.153.

2.7 Direitos Trabalhistas

O parágrafo 6.º do artigo supracitado, da CLT, disciplina que ao término do serviço, o empregado receberá imediatamente as parcelas: remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais.⁶⁸

Defende Vólia Bomfim Cassar que a periodicidade do pagamento ao término do serviço deve ser mensal, mesmo que o trabalho seja em período superior.⁶⁹

Francisco Antonio de Oliveira entende que essas férias pagas após o final do período trabalhado, será gasto com despesas da família, visto que o funcionário não irá efetuar o depósito do valor recebido em uma conta bancária, com o intuito de fazer uma reserva para usufruir em férias futuras.⁷⁰

Ao empregado intermitente é assegurado o gozo de férias, a cada 12 meses trabalhados adquire o direito, nos 12 meses subsequentes, um mês de férias, não poderá prestar serviço nesse período para o mesmo empregador. (parágrafo 9.º do artigo 452-A da CLT).

As férias é um direito de ordem pública e necessário do ponto de vista medicinal, o empregador precisa desse período para eliminar as toxinas e promover a higidez do organismo.⁷¹

Assim, para esse autor o ideal seria que essas férias fossem pagas no período de gozo, como é a regra geral para todos os trabalhadores.⁷²

Referente ao período de gozo das férias e do terço constitucional sem remuneração do empregado intermitente, Maurício Godinho Delgado, entende que:

(...) em manifesto descumprimento do disposto no artigo 7.º, XVII, da Constituição. Não sendo essa alternativa viável, do ponto jurídico (não há férias, no Direito brasileiro, sem remuneração e respectivo terço de acréscimo), tem-se que admitir que cabe, sim, o pagamento das férias de 30 dias, com o terço constitucional pertinente, assegurado o cálculo

⁶⁸ Para Maurício Godinho Delgado esse rol do §6.º, artigo 452-A da CLT, é exemplificativo, quer dizer outras parcelas podem incidir, como por exemplo: adicional noturno, de insalubridade, de periculosidade, vale transporte. Curso de Direito do Trabalho, p. 156.

⁶⁹ Vólia Bomfim Cassar. Comentários à Reforma Trabalhista, p.46.

⁷⁰ Francisco Antonio de Oliveira. Reforma Trabalhista: comentários à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, p. 42.

⁷¹ Ibid., p. 43.

⁷² O §6.º, III, do artigo 452-A da CLT, prevê: § 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

de seu montante pela média mensal dos salários nos meses componentes do período aquisitivo, respeito o piso do salário mínimo mensal.⁷³

Nos alerta Luciano Martinez, sobre a nova redação do dos §§ 1.º e 2.º do artigo 134 da CLT.⁷⁴ Como a medida provisória 808/2017 foi revogada, o §10.º que estancava qualquer dúvida sobre a aplicação analógica do período fracionado das férias, desde que haja concordância do empregador, volta no caso em tela o referido questionamento: aplica-se ou não por analogia a fragmentação em três períodos as férias?

Verificamos em nosso estudo que não encontramos resposta para referida indagação. A doutrina e a legislação são omissas a respeito do assunto.

Na ótica de Homero Batista Mateus da Silva ocorre uma antecipação do 13º e das férias, como ele mesmo diz, “mal comparando”, que vai na contramão de todos os ensinamentos desses benefícios trabalhistas, que nunca puderam ser antecipados com o intuito de evitar a “banalização e o embutimento dos valores no cálculo do salário-base”.⁷⁵

O parágrafo 7.º do artigo 452-A da CLT, disciplina que o recibo deverá conter a discriminação de cada valor pago ao funcionário das parcelas previstas no parágrafo 6.º da CLT.⁷⁶

A respeito desse parágrafo citado, Luciano Martinez fala que não será admitido , de nenhum jeito, a complexividade⁷⁷, ou seja, é obrigatória que seja anotado no recibo cada parcela que o obreiro tem direito e não de forma geral, sem essas identificações, sem saber se o empregado está fazendo *jus* o que tem que receber do empregador.

2.8 Limbo Previdenciário

É obrigação do empregador de recolher a contribuição previdenciária e o depósito do FGTS, na forma da lei, com base nos valores percebidos no período

⁷³ Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho, p. 156.

⁷⁴ Luciano Martinez, Curso de Direito do Trabalho, p. 371.

⁷⁵ Homero Batista Mateus Silva. Comentários à Reforma Trabalhista. p. 86.

⁷⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 28-07-2019, às 14h00.

⁷⁷ Luciano Martinez, op. cit. p. 370.

mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações, conforme previsão legal do parágrafo 8.º do artigo 452-A da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Ressalta Homero Batista Mateus da Silva que “sobre os pagamentos efetuados incidem os encargos conhecidos, como o fundo de garantia e a contribuição social (§8º); sobre os meses sem pagamento, não há recolhimentos mínimos, de modo que o financiamento da Previdência fica comprometido”.⁷⁸

Outro fato importante, na ótica de Gabriela Garcia Esteves Perinetti é na hipótese de afastamento por auxílio doença acidentário de trajeto. Explica que se o trabalhador prestasse serviço para um único empregador, estaria resolvido, porém poderá laborar para vários empregadores, se deslocando de uma empresa para outra. Menciona que a legislação é omissa, que nenhuma empregadora se responsabilizará, o obreiro ficará prejudicado, poderá ficar sem proteção previdenciária, pois não recolheu o mínimo legal para ter direito ao Regime Previdenciário.⁷⁹

⁷⁸ Homero Batista Mateus Silva, op. cit. p. 86.

⁷⁹ Gabriela Garcia Esteves Perinetti. Trabalho Intermitente e o Limbo Previdenciário. Disponível em < <https://www.megajuridico.com/trabalho-intermitente-e-o-limbo-previdenciario/> > Acesso em: 18-01-2019.

Capítulo 3 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS NO CONTRATO INTERMITENTE

3.1 Pontos Negativos: Empregado

Em sua tese de doutorado, Raphael Jacob Brolio fala que:

Sendo uma relação de emprego, o contrato intermitente brasileiro peca pela falta de certeza de recebimento de salário pelo empregado, colidindo com critérios essenciais e clássicos do direito do trabalho. Peca também pela ótica do empregador, pois, mesmo tendo empregados, com estes não poderá sempre contar.⁸⁰

Em entrevista para a OAB, em 09/11/2017, Estêvão Mallet, com seu artigo Prós e contras da reforma trabalhista, diz:

O serviço intermitente é bom para empregado e empregador?

O trabalho intermitente não é invenção brasileira. Existe, há algum tempo, em vários outros sistemas jurídicos, como, para mencionar apenas alguns países, Portugal, Espanha, Itália, França e também Alemanha. Pode fazer sentido em certas atividades, de natureza intrinsecamente intermitente. Os critérios adotados pelo legislador brasileiro, todavia, são, em certos pontos, desproporcionais. Menciono dois. O prazo para manifestação do empregado (um dia útil) é demasiado curto. A imposição de multa ao empregado que aceita a oferta de trabalho e não se apresenta na data prevista também é algo excessivo. Seria preciso estabelecer regime mais equilibrado, inclusive com garantias mínimas ao empregado.⁸¹(grifado no original).

⁸⁰ Raphael Jacob Brolio. O Contrato de trabalho intermitente brasileiro: a necessidade de regulação por meio de negociação coletiva. Tese de Doutorado. Puc/SP, 2018, f. 69.

⁸¹ Mallet, Estêvão. Prós e contras da reforma trabalhista. Entrevista para OAB /SP em 09-11-2017. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2017/11/pros-e-contras-da-reforma-trabalhista-sao-abordados-em-entrevista-com-estevao-mallet-1>> Acesso em: 11-08-2019.

3.1.1 A Constituição

Foi através da 2ª Jornada de Direito do Trabalho, organizada pela ANAMATRA, que foi aprovado o enunciado 73, que dispõe sobre a Inconstitucionalidade do Contrato Intermitente, abaixo:

É INCONSTITUCIONAL O REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE PREVISTO NO ART. **443**, **§ 3º**, E ART. **452-A** DA **CLT**, POR VIOLAÇÃO DO ART. **7º**, **I** E **VII** DA **CONSTITUIÇÃO** DA REPÚBLICA E POR AFRONTAR O DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR AOS LIMITES DE DURAÇÃO DO TRABALHO, AO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E ÀS FÉRIAS REMUNERADAS.⁸²(grifado no original).

O enunciado 74 também foi aprovado na 2ª Jornada de Direito do Trabalho que trata do salário mínimo, prevista no artigo 7º, I e VII da Carta Magna, que alcança os empregados intermitentes (artigo 443, §3.º, e 452-A da CLT), que também tem direito à remuneração mínima mensal, independentemente dos dias que forem chamados para o serviço, devendo ser respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional.

Nas palavras de Francisco Meton Marques de Lima “Nesta modalidade de contrato de trabalho, o trabalhador só trabalha e recebe remuneração quando chamado pela empresa, não havendo garantia de jornada mínima e de renda mínima”.⁸³

Esse autor argumenta que nessa situação de jornada indefinida, o obreiro está sujeito a remuneração zero ou receber uma quantia inferior ao salário mínimo, que ofende o artigo 7.º, inciso IV, da CF. Destaca que o contrato intermitente também é conhecido como contrato a Zero Hora.

⁸² 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) / XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Conamat (2018). Disponível em <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf> Acesso em: 13-08- 2019.

⁸³ Francisco Meton Marques de Lima. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto, p. 63.

3.1.2 A precarização

Homero Batista Mateus da Silva entende que “entretanto – e sempre há uma conjunção adversativa na reforma de 2017 – o art. 452-A oficializa não somente o “bico”, mas também o contrato-zero.⁸⁴

Segundo Maurício Godinho Delgado o dispositivo legal do contrato intermitente criou uma nova modalidade de salário por unidade de obra ou tarefa, já que o salário será de acordo com a produção do funcionário no respectivo mês, calculado as horas trabalhadas, conforme convocação do empregador. Feita essa analogia com o salário -tarefa, entende que é garantido o recebimento do salário mínimo legal, conforme previsão Constitucional. Como fundamento jurídico cita o artigo 78, caput e parágrafo único, CLT, que disciplina que todos os que recebem remuneração variável, tem a garantia de receber o salário nunca inferior ao mínimo legal. Menciona que existem julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal favoráveis apenas aos empregados estatais, regidos pela CLT, conforme OJ 358, II do TST. Que neste caso devemos fazer um ajuste interpretativo para abraçar os outros trabalhadores.⁸⁵

A precarização dos direitos com a Reforma Trabalhista foi tema da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 28/11/2017, a Ministra do Superior Trabalho, Delaíde Arantes diz que: “A Lei 13.467 de 2017 representa um grande retrocesso jurídico”. Na oportunidade o membro honorário vitalício do Conselho Federal da OAB, Cezar Britto critica a Reforma: “Com esta reforma se quis colocar no papel o retorno à servidão, à compreensão de que ser humano é coisa, coisa a ser colocado preço. A modernidade é voltar a transformar o ser humano em objeto a ser apropriado pelo detentor do capital. O Brasil quer regulamentar essa forma de apropriação da pessoa humana, essa é a reforma trabalhista. Mas não nos cabe mais lamentar o que foi feito, mas compreender o que se fez. Essa é a função desta Conferência e a razão de ser da advocacia, o que faremos a partir de agora, da transformação em lei desse sentimento perverso de fazer com que o Brasil volte ao tempo da servidão”.⁸⁶

⁸⁴ Homero Batista Mateus Silva. Comentários à Reforma Trabalhista, p. 83

⁸⁵ Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho, p. 155.

⁸⁶ XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, realizada no dia 28/11/2017. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/@@search?Subject%3Alist=XXIII%20Confer%C3%AAncia%20Nacional>> Acesso em: 11-08-2019, às 10h15.

O trabalhador que labora no contrato intermitente é igual uma máquina, que liga e desliga de acordo com a necessidade, que esse trabalho transfere o risco da atividade para o empregado, e que é indiscriminado, ou seja, qualquer tipo atividade do funcionário e empregador, sendo assim ferindo a Constituição Federal em seus artigos 1º e 170.⁸⁷

Assim, Francisco Meton Marques de Lima crítica a jornada intermitente, transcrevo suas palavras: “A jornada intermitente contraria, tudo o que o direito do trabalho preconiza, negando a própria razão de existir deste”.⁸⁸

Já Homero Batista Mateus da Silva cita em sua obra o nível de insegurança da Reforma Trabalhista, diz: “é muito alto e honestamente ninguém sabe aonde ela via nos levar. São diversas suas contradições internas e são numerosos os contrassensos”.⁸⁹

Como já vimos anteriormente no título II (Contratos Intermitentes), destacamos vários impactos, como o da previdência social⁹⁰, no qual o trabalhador intermitente dificilmente alcançara o teto mínimo para recolhimento do RGPS, tendo que arcar com recurso próprio para completar o valor. Outro destaque também é as férias não remuneradas e na prática o funcionário poderá trabalhar para outro empregador nesse período, não satisfazendo a sua finalidade que é o descanso físico e do organismo, questão de saúde.

No Supremo Tribunal Federal está tramitando uma Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 5829/2017⁹¹ da Federação Nacional de Mesas Telefônicas – FENATTEL, Relator Ministro Edson Fachin, ainda está aguardando julgamento, o dispositivo legal questionado:

⁸⁷ Francisco Meton Marques de Lima. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto, p. 64.

⁸⁸ Ibid, mesma página.

⁸⁹ Homero Batista Mateus Silva, op. cit. p. 14.

⁹⁰ Saiu uma publicação no site Consultor Jurídico “Incide contribuição previdenciária sobre férias de trabalho intermitente, diz Receita”, escrito por Gabriela Coelho, no dia 23/01/2019, que o Cálculo da contribuição previdenciária dos contratos de trabalho intermitente deve incluir os valores de férias e terço constitucional. Solução de Consulta n. 17, publicada pela Receita Federal no Diário Oficial da União. A norma tem efeito vinculante para a fiscalização em todo o estado brasileiro. Fala que no ano passado, no RE nº 1.072.485, foi publicada uma decisão que reconhece a repercussão geral de um recurso que aborda especificamente o tema, e que ainda está pendente de julgamento. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/ferias-trabalho-intermitente-integrar-calculo-previdenciario>> Acesso em: 11-02-2019.

⁹¹ ADI n. 5829, Origem Distrito Federal, Entrada no STF 27/11/2017, Rel. Ministro Edson Fachin, Requerente Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e operadores de mesas Telefônicas – Fenattel (CF103, IX). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5829&processo=5829>> Acessado em: 21-08-2019.

Nova redação dada ao **artigo 443, "caput" e §003º, artigo 452-A e respectivos parágrafos**, da Consolidação das Leis do Trabalho na redação dada pelo art. 001º da Lei nº 13467 de 13 de julho de 2017, que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017; Artigos 452-B, 452-C, 452-D, 452-E, 452-F, 452-G e 452-H e 911-A, "caput" e parágrafos, do art. 001º da Medida Provisória nº808 que foi promulgada pelo Presidente da República em 14 de novembro de 2017, que também altera a Consolidação das Leis do Trabalho. (grifamos)

Os fundamentos constitucionais da Ação acima estão esculpidos nos fundamentos da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. (art.1º, incisos III e IV da CF). O princípio da igualdade estampado no artigo 5º, caput, do mesmo códex. Que todos têm direito aos direitos sociais (trabalho, previdência social e etc.), conforme artigo 6º, caput. E respeitado o salário mínimo, mesmo para os que recebem remuneração variável, para atender as necessidades básicas do ser humano, décimo terceiro salário, duração da jornada de 8 horas semanais e 44 horas semanais e férias e adicional. (artigo 7º, caput, incisos IV, V, VII, VIII, XIII, XVI e XVII, da CF).

É conclusão de Vólia Bomfim acerca dos impactos da Reforma Trabalhista, que:

O conteúdo da Lei 13.467/2017, ao contrário do afirmado pela imprensa, desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, contraria alguns de seus princípios, suprime regras benéficas ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado individualmente e coletivamente sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente, a liberdade de ajuste, exclui regras de direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente, a liberdade de ajuste, exclui regras de direito civil e de processo civil protetoras ao direito e processo do trabalho. Esta obra visa apontar e criticar as principais mudanças previstas pela "reforma trabalhista", analisando, em cada cenário, as mudanças e suas possíveis repercussões no caso concreto. Mais de cem pontos foram

modificados ou acrescidos pela Lei 13.467/2017, e, entre estes, apenas uns poucos são favoráveis ao trabalhador.⁹²

A precarização é marcante nessa Reforma Trabalhista, conforme entendimento de Ricardo Carvalho Fraga, diz que:

A contratação com intermitência é forma potencial de precarização da relação de emprego, criando espaços de prejuízos econômicos aos empregados, redução do mercado de consumo e de arrecadação de impostos e contribuições previdenciárias”, no seu entendimento empregadores poderão utilizar essa modalidade de contrato de forma irregular, e que deve ser ilegal para atividades habituais, com demandas laborais previsíveis.⁹³

3.1.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso

Nesse contexto, temos o princípio da vedação ao retrocesso, na opinião de Pedro Lenza “uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effect cliquet*”.⁹⁴

Esse princípio para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino é aquele “que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado”.⁹⁵

Para esses autores de acordo com princípio da vedação ao retrocesso, que está implicitamente na Carta Magna, o empregado não poderá perceber valor a título de salário abaixo do mínimo constitucional e como bem explica Maurício Godinho Delgado trata-se de um contrato por unidade de obra, aplica-se a jornada variável, que tem previsão constitucional vedando o salário inferior ao mínimo legal.

⁹² Retiramos na parte da apresentação de sua obra “Comentários à Reforma Trabalhista”.

⁹³ Ricardo Carvalho Fraga (coord.) Reforma Trabalhista – Primeiro Ano, p. 58.

⁹⁴ Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado, p. 846.

⁹⁵ Vicente Paulo; Marcelo Alexandrino. Direito Constitucional descomplicado, p. 264.

3.1.4 Flexibilização

Discorreremos para um assunto de extrema importância, a Reforma Trabalhista inseriu o artigo 611-A, inciso VIII, que disciplina a prevalência do negociado sobre o legislado, vejamos o seu teor:

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

VIII – teletrabalho, regime de sobre - aviso, e trabalho intermitente;⁹⁶

O Jornal da Advocacia – Ano XLIV – nº449, proporcionou o debate “A prevalência do negociado sobre o legislado, como proposto na reforma, é Constitucional?”. De um Lado, Ana Amélia Mascarenhas Camargos, que defende pela inconstitucionalidade de tal dispositivo, citamos o seu trecho de maior destaque: “A competência constitucional para a análise de negociações coletivas é fundamental, pelo que dispõe o art. 7º da Constituição Federal, razão pela qual qualquer renúncia de direitos deve ser coibida pela Justiça do Trabalho”. No outro lado do debate, como defensor da Constitucionalidade, Sólton Cunha, entende que “O princípio aprovado pela reforma trabalhista mostra se decorrente do anseio da sociedade, proposto por trabalhadores e empresários, ratificado pelo Congresso Nacional, e referendado pelo STF”.⁹⁷

Para Carlos Eduardo Oliveira Dias há dispositivos que podem ocultar alguns perigos, não observáveis em uma análise perfunctória, como é o caso do inciso VIII, do contrato intermitente, do artigo 611-A da CLT, que podem resultar em soluções que violam direitos básicos dos operários, no qual, podem ampliar indevidamente formas de trabalho precária.⁹⁸

É entendimento desse autor que as entidades sindicais podem inserir na negociação coletiva limites ou proibir o trabalho intermitente. Essa negociação (acordo ou convenção) pode resultar em situações contrárias à lei, ainda que mais favoráveis.

⁹⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 20-08-2019, às 18h49.

⁹⁷ Jornal da Advocacia, OAB/SP, ano XLIV, maio/2019. Trabalho, p. 12 -13.

⁹⁸ Carlos Eduardo Oliveira Dias; Guilherme Guimarães Feliciano et al. Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, Visão Crítica e Interpretação Constitucional, p. 152 -153.

As normas coletivas sempre prevalecerão sobre a lei no caso de estabelecerem condições mais vantajosas aos trabalhadores.

3.1.5 A Modernização do Contrato Intermitente e a Imagem do Brasil no Exterior

Apesar do Brasil não ter configurado na lista de 24 casos eleitos para serem discutidos individualmente na 106ª Conferência Internacional do Trabalho, a denúncia sobre a modernização da Reforma Trabalhista não foi arquivada pelo Escritório da OIT, que publicou uma nota esclarecedora, abaixo:

6. Os demais casos que não foram citados nessa lista, incluindo os referentes ao Brasil, seguem o rito ordinário e estão sendo conduzidos de acordo com o procedimento normal do Comitê de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações.

7. O Comitê de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações, com relação ao caso do Brasil, fez, dentre outras observações, a seguinte: “A esse respeito, o Comitê recorda que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para encontrar um acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam ainda mais favoráveis que os previstos na legislação”. O Comitê também solicitou ao Governo que proporcione informações sobre qualquer evolução a respeito.

8. É fundamental ressaltar que o Comitê de Peritos continuará examinando a aplicação das Convenções em matéria de negociação coletiva ratificadas pelo Brasil.⁹⁹

Desta forma, Ricardo Carvalho Fraga comenta que:

Nesse sentido, a recente aprovação da reforma trabalhista sob o véu da “modernização”, com texto claramente violador da Constituição e das Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil, representa potencial prejuízo à imagem do país perante a comunidade internacional. E, já por isso, em futuro próximo, o Conselho de

⁹⁹ Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_557306>. Acesso em: 21-08-2019.

Administração da OIT poderá indicar à Conferência a adoção de qualquer medida que lhe pareça conveniente para assegurar a execução das recomendações feitas ao Estado.¹⁰⁰

Esse autor entende que a OIT encurralou os artigos 611-A e 611-B, que a Reforma Trabalhista introduziu na Consolidação das Leis Trabalhistas, devido a várias situações que aborda o assunto e que solicita a sua alteração, com a devida consulta dos sindicatos empregador e empregados, com a finalidade de adequar com a Convenção n. 98 da OIT, ratificada pelo Brasil, que prevê o direito da sindicalização e de negociação coletiva. Enfim, conclui seu raciocínio que resta ao cidadão, ter confiança na Magistratura do Trabalho, no controle difuso de Constitucionalidade, no controle de convencionalidade e também poderá se socorrer dos horizontes hermenêuticos – promissores ou não – que a novidade legislativa deixará com dúvidas.¹⁰¹

Em entrevista também ao mesmo jornal da advocacia, Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho respondeu à pergunta: No debate sobre direitos trabalhistas foram feitas comparações com outros países. São apropriadas? Em resposta: “esses movimentos inspiram algumas das mudanças na legislação brasileira. O caso do trabalho intermitente reflete um pouco algumas inovações da legislação italiana e espanhola, assim como a regulamentação do teletrabalho e a ideia polêmica da possibilidade de sobreposição do negociado sobre o legislado”.¹⁰²

3.1.6 Incompatibilização com os Requisitos da Configuração da Relação de Emprego

Destaca Ricardo Carvalho Fraga que “o contrato de trabalho intermitente promove rompimento com os mais importantes elementos constitutivos da própria relação de emprego: alteridade, subordinação, pessoalidade, onerosidade e não eventualidade”.¹⁰³

¹⁰⁰Ricardo Carvalho Fraga (coord.). Reforma Trabalhista – Primeiro Ano, p. 160 e 161.

¹⁰¹ Ibid., p.161 – 163.

¹⁰² Jornal da Advocacia, OAB/SP, ano XLIV, maio/2019. Trabalho, p. 14 -15.

¹⁰³ Ricardo Carvalho Fraga (coord.). Reforma Trabalhista: primeiro ano, p. 52.

3.1.6.1 Alteridade

Nos ensina Sergio Pinto Martins que “O empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de alteritas, de alter, outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador”.¹⁰⁴

Conforme o artigo 2.º da CLT, quem assumem esses riscos da atividade econômica é o empregador, abaixo:

Art.2.º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.¹⁰⁵

Neste ponto Ricardo Carvalho Fraga entende que na relação do contrato intermitente, a alteridade, está caracterizada como a alteração do ônus do empregador para o empregado intermitente, que transfere o risco da sua atividade econômica, a intermitência do trabalho, a flutuação do mercado, a incerteza de recebimento de salário.¹⁰⁶

3.1.6.2 Subordinação

A Subordinação está prevista no conceito de empregado do artigo 3.º da Consolidação das Leis Trabalhistas, que em regra na relação de emprego o empregado deve submeter-se ao comando do empregador.

Dispõe o artigo 3º da CLT, vejamos:

Art. 3.º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.¹⁰⁷

Isto posto, Amauri Mascaro Nascimento conceitua a subordinação como “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual

¹⁰⁴ Sergio Pinto Martins. Direito do Trabalho, p. 91.

¹⁰⁵ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em 23-08-2019, às 20h01.

¹⁰⁶ Ibid., p. 53.

¹⁰⁷ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em 23-08-2019, às 20h14.

da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”.¹⁰⁸

No mesmo sentido Sergio Pinto Martins, define como:

O Obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos de seu negócio.¹⁰⁹

Ocorre que no Contrato Intermitente o empregado poderá recusar o chamamento ao serviço, sem que este seja punido, não descaracteriza a subordinação, este assunto já foi tratado no subtítulo 2.4.

3.1.6.3 Não Eventualidade

Sergio Pinto Martins fala que “o trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviços eventualmente não é empregado”.¹¹⁰

Amauri Mascaro Nascimento esclarece que:

O empregado é um trabalhador não-eventual. Aqui as discussões são de duas ordens. Primeira, saber quais são os critérios que indicam quando o trabalho é não-eventual, o que implica o estudo da diferença entre empregado e trabalhador eventual, que será feito em item separado. Em princípio, trabalhador não-eventual é aquele que exerce uma atividade de modo permanente. Porém, são necessárias diversas outras explicações. Segunda, saber se a lei trabalhista deve proteger o trabalhador eventual.¹¹¹

Destaca-se que no contrato intermitente esse requisito é oposto da regra, visto que o empregado intermitente é chamado conforme a necessidade do empregador.

Ricardo Carvalho Fraga diz que “o trabalho de empregado que é chamado sem qualquer previsibilidade dificilmente se adéqua à ordem conceitual de não eventualidade”.¹¹²

¹⁰⁸ Amauri Mascaro Nascimento. Iniciação ao Direito do Trabalho, p. 164.

¹⁰⁹ Sergio Pinto Martins, op. cit. p. 91.

¹¹⁰ Ibid., mesma página.

¹¹¹ Amauri Mascaro Nascimento, op. cit. p. 163.

¹¹² Ricardo Carvalho Fraga (coord.). Reforma Trabalhista: primeiro ano, p. 54

O contrato intermitente tem como característica a falta de previsibilidade do chamamento ao serviço e tem como consequência a incompatibilização do requisito da continuidade da relação de emprego.

3.1.6.4 Pessoalidade

Mozart Victor Russomano conceitua a pessoalidade: “é claro que o empregado deve ser um homem. Os serviços contratados através das relações de emprego são, sempre, serviços a serem desenvolvidos pessoalmente pelo trabalhador”.¹¹³

Afirma Luciano Martinez que dentro do conceito de pessoalidade está a ideia de intransferibilidade, significa dizer que quando uma pessoa específica é contratada para prestar o serviço, está não poderá ser substituída, sob pena de descaracterizar a relação de emprego.¹¹⁴

Sergio Pinto Martins diz que “o contrato de trabalho é intuitu personae, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O contrato de trabalho em relação ao trabalhador é infungível”.¹¹⁵

Outrossim, no Contrato Intermitente, o empregado perde essa característica de pessoalidade, podendo outro empregado ser chamado em seu lugar, conforme a conveniência do empregador, para executar o serviço.

Nesse sentido Ricardo Carvalho Fraga menciona que poderá haver uma competição entre os funcionários, no qual apenas um será chamado ou diversos. No seu entendimento o obreiro perde a condição de “unicidade humana” e submete-se como uma “ferramenta de produção”, sendo “descartável” quase sempre.¹¹⁶

3.1.6.5 Onerosidade

Observa Mozart Victor Russomano sobre a Onerosidade: “o contrato individual de trabalho é, eminentemente, oneroso. Oneroso para o empregado, porque o obriga a prestar serviços físicos ou intelectuais à empresa; oneroso para o

¹¹³ Mozart Victor Russomano. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 11.

¹¹⁴ Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho, p. 174.

¹¹⁵ Sergio Pinto Martins. Direito do Trabalho, p. 91.

¹¹⁶ Ricardo Carvalho (coord.), op. cit. p. 53.

empregador, porque o obriga a pagar salários ao primeiro, nos termos do ajuste celebrado”.¹¹⁷

Amauri Mascaro Nascimento chama esse subtítulo de “Salário”, que “todo empregado é um trabalhador assalariado, portanto, alguém que, pelo serviço presta, recebe uma retribuição”.¹¹⁸

Ricardo Carvalho Fraga traz à baila o elemento da comutatividade na relação de emprego, que exatamente o que Mozart Victor Russomano disse que existe a Onerosidade para ambas as partes, vejamos:

A onerosidade é própria de quase todas as relações obrigacionais e no pacto de emprego distingue-se a partir do elemento comutatividade: há equivalência entre as prestações dos sujeitos contratantes e as obrigações “trabalho” e “salário” são previamente conhecidas, certa e determinadas, a partir do valor global que possui a permanência da relação contratual. Assim, a ocorrência de interrupções contratuais não afeta o salário e faz com que a comutatividade seja identificada pelo valor que possui o trabalho, e não na sua singela quantidade”.¹¹⁹

No entanto, no Contrato Intermitente, não existe a previsibilidade das horas trabalhadas, do salário, do chamamento ao serviço, o tempo a disposição do empregador não é remunerado. O empregado intermitente recebe apenas as horas efetivamente trabalhadas. Na ótica de Ricardo Carvalho Fraga, esse elemento de comutatividade desvencilha-se da onerosidade da relação de emprego intermitente.¹²⁰

3.2 Pontos Negativos: Empregador

Para o Professor Paulo Sergio João o ponto negativo que atinge o Empregador pela escolha da modalidade de contrato intermitente é na “Organização Empresarial”, ou seja, tudo está interligado, o leilão dos funcionários de escolher a melhor oferta, a rotatividade de mão de obra e a queda de qualidade do serviço, influenciam diretamente na sua gestão empresarial.¹²¹

¹¹⁷Mozart Victor Russomano, op. cit. p. 15.

¹¹⁸ Amauri Mascaro Nascimento, op. cit. p. 165.

¹¹⁹ Ricardo Carvalho Fraga (coord.), p. 53.

¹²⁰ Ibid., p. 53 – 54.

¹²¹ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego>> Acesso em 15.09.2019, às 09:59.

Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior destacam os pontos negativos do Empregador, quais sejam, a qualidade do serviço prestado pelo empregado intermitente e a concorrência de outros empregadores no chamado do serviço intermitente, sendo que o funcionário tem a liberdade de escolher o que vai pagar melhor o dia de trabalho, sendo essa recusa ao chamado justificada.¹²²

3.3 Pontos Positivos do Contrato Intermitente

3.3.1 Pontos Positivos: Empregado

Foi prometido para o Empregado Intermitente a geração de empregos, com respeito a garantia e direitos fundamentais, acabar com o trabalho informal, autorizar a flexibilização para melhorar a vida dos trabalhadores, modernizar a legislação e fortalecer a atuação sindical. Porém o que se vê é uma precarização dos direitos trabalhistas.¹²³

Destaca-se Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior que: “como nenhum dos objetivos apontados acima pode ser alcançado pela Lei 13.467/17, seu objetivo não é outro senão fragilizar a classe trabalhadora, retirar direitos trabalhistas e impedir o acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho”.¹²⁴

Nos ensina o Professor Paulo Sérgio João que os pontos positivos do lado do empregado: Exercício de Liberdade na escolha do serviço, o controle do contrato e a sua vigência, a recusa não gera insubordinação e nem ato disciplinar, a formalização do “bico” e a redução do desemprego.¹²⁵

3.3.2 Pontos Positivos: Empregador

Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior, publicaram uma obra em comemoração aos 40 anos da Associação dos Advogados Trabalhistas de São

¹²² Valdete Souto Severo; Jorge Luiz Souto Maior. Manual da Reforma Trabalhista - pontos e contrapontos, p. 72-73.

¹²³ Ibid., mesma página.

¹²⁴ Ibid., p. 17.

¹²⁵ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego>> Acesso em 15.09.2019, às 09:59.

Paulo “AATSP”, abordaram o seguinte tema: Reforma Trabalhista-pontos e contrapontos, diz que:

A vontade do setor empresarial de reduzir seus custos por meio da diminuição de direitos dos empregados, ou validar juridicamente, de forma generalizada, o subemprego, na ilusão, com isso, ampliando o acesso de mais trabalhadores ao mercado de trabalho, até porque com essa estratégia mantêm-se fora dos necessários questionamentos os desajustes da ordem econômica, nos planos da produção, da circulação, da distribuição e das políticas públicas.¹²⁶

O Professor Paulo Sérgio João nos ensina que o Empregador não tem a obrigação de prover o trabalho e o salário, a facilidade e flexibilização na contratação dos funcionários intermitentes, o período de inatividade não caracteriza tempo à disposição.¹²⁷

Para melhor explicar a Segurança Jurídica que a Reforma Trabalhista proporcionou ao Empregador como ponto positivo do Empregador, Ives Gandra Martins Filho diz:

A reforma brasileira teve impacto imediato nos campos processual e sindical. Ao passar a admitir a imposição de honorários advocatícios ao empregado reclamante, coibiu as aventuras judiciais, que tornavam a Justiça do Trabalho verdadeiro cassino em que o trabalhador podia jogar e, no final, se perdesse, não pagava nada. O custo era todo do empregador, de ter de contratar advogado para se defender de demandas injustas ou inflacionadas.¹²⁸

É entendimento da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho, Acórdão proferido no dia 07-08-2019, por unanimidade, conheceram e deram provimento aos Recursos de Agravo de Instrumento e ao Recurso de Revista o Contrato Intermitente para o Recorrente Magazine Luiza S.A., em desfavor de do Recorrido Marcos Teixeira Olegário.

Ocorre que o Tribunal Superior do Trabalho reformulou a decisão do Juízo a quo “Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais 3º Região”, este reformulou a sentença de 1ª instância e considerou nulo o contrato intermitente e condenou a Magazine Luiza S.A., ao pagamento das diferenças salariais e verbas rescisórias com o reconhecimento do vínculo de emprego, sob o argumento que o

¹²⁶ Ibid., p. 30.

¹²⁷ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego>> Acesso em 15.09.2019, às 09:59.

¹²⁸ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/ives-gandra-filho-necessidade-reformas-prol-bem-comum>> Acesso em 16-09-2019, às 20:02.

trabalho intermitente “deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas” e que “não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa”, e que essa contratação não deve ser feita para atividades rotineiras e contínuas dentro de uma empresa. Essa foi a primeira decisão de 2º instância na Justiça do Trabalho.

Inconformada com o despacho do TRT 3º Região, que trancou o recurso de Revista, foram oferecidas contrarrazões ao Recurso de Revista e contraminuta ao Agravo de Instrumento.

No Agravo de Instrumento o Recorrente suscitou a violação do Princípio da Legalidade, previsto no artigo 5º, II, da Constituição Federal e artigo 93, IX, da Constituição Federal, por negativa de prestação jurisdicional, devido a não aplicação dos artigos. 443, §3º, e 452-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, que trata da contratação do contrato intermitente.

O Recurso de Agravo de Instrumento foi conhecido e provido, convertido em Recurso de Revista.

O Recurso de Revista Patronal foi conhecido e provido, pelos motivos acima expostos, para a reforma da decisão regional, restabelecendo a sentença de origem.¹²⁹

Através do Acórdão da 4ª Turma do TST, que proferiu por unanimidade a validação e legalidade da contratação da modalidade de contrato intermitente trará mais Segurança Jurídica para os Empregadores na hora de optar por esse tipo de contrato.

Verificamos no Acórdão que foram utilizados recursos da interpretação da hermenêutica para a solução do conflito, que será abordada no Capítulo 4.

Vale lembrar, que existem Ações de Inconstitucionalidade pendentes no Supremo Tribunal Federal, como já mencionados neste trabalho.

¹²⁹ Anexo 1.

Capítulo 4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES DO CONTRATO INTERMITENTE

4.1 Regulação através da Negociação Coletiva

Defende Raphael Jacob Brolio a necessidade da regulação do contrato intermitente através da Negociação Coletiva, com a finalidade de dar equilíbrio a esse descompasso gerado pela lei.¹³⁰

É entendimento desse autor, que o legislador do contrato intermitente atingiu um limite não permitido pela Constituição Federal, tendo como consequência “uma verdadeira mácula e inapagável marca na essência do direito do trabalho”.¹³¹

A autocomposição também gerida pelas próprias partes para solução do conflito, sem interferência externa de órgãos, são as convenções coletivas e os acordos coletivos, com ou sem mediação.¹³²

Conceitua Luciano Martinez, que:

A **negociação** é, então, uma ação, um procedimento por meio do qual dois ou mais sujeitos de interesses em conflito ou seus representantes, mediante uma série de temporizações, cedem naquilo que lhes seja possível ou conveniente para o alcance dos resultados pretendidos (ou para a consecução de parte desses resultados), substituindo a ação arbitral de terceiro ou jurisdição estatal. Quando essa atividade é desenvolvida no plano das relações coletivas de trabalho, a negociação é adjetivada, recebendo a qualificação de **negociação coletiva**. (grifos originais).¹³³

Sergio Pinto Martins, conceitua:

¹³⁰ Raphael Jacob Brolio. O Contrato de Trabalho Intermitente Brasileiro: a necessidade de regulação por meio de negociação coletiva, f. 106.

¹³¹ Ibid., f.105.

¹³² Amauri Mascaro Nascimento. Curso de Direito do Trabalho, p.480.

¹³³ Luciano Martinez, Curso de Direito do Trabalho, p. 977.

A negociação coletiva é uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam os diferentes entendimentos existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições.¹³⁴

O artigo 7.º, inciso XXVI, da Carta Magna prevê que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, reconhecendo das convenções e acordos coletivos de trabalho.¹³⁵

Como visto no capítulo anterior, o Artigo 611-A, da CLT, disciplina que quando se tratar de contrato intermitente, a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo prevalecerá sobre a lei.

O artigo 611 da Consolidação das Leis Trabalhistas, conceitua:

Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais do trabalho.¹³⁶

4.2 Efetividade do Sindicato na Negociação Coletiva

Nos ensina José Augusto Rodrigues Pinto que “do Sindicato se espera uma relevante contribuição para o robustecimento do espírito conciliador de interesses entre capital e trabalho, cujo estuário natural será sempre a negociação coletiva”.¹³⁷

Nesse sentido, Luciano Martinez, conceitua o princípio da interveniência sindical obrigatória:

O princípio da interveniência sindical obrigatória baseia-se no mandamento nuclear segundo o qual a participação da entidade sindical obreira é indispensável à caracterização da existência de uma relação contratual de natureza coletiva, não se podendo

¹³⁴ Sergio Pinto Martins. Direito do Trabalho, p. 786.

¹³⁵ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08-09-2019, às 23:22.

¹³⁶ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 08-09-2019, às 23:28.

¹³⁷ José Augusto Rodrigues Pinto. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho, p.179.

falar em negociação coletiva senão quando um dos sujeitos contratantes for, necessariamente, uma entidade sindical de trabalhadores.¹³⁸

Esse mesmo autor indica que o princípio da interveniência sindical obrigatória está no artigo 8º, inciso VI, da Constituição Federal, vejamos:

Art. 8.º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;¹³⁹

Vólia Bomfim Cassar diz que:

O Brasil ainda não adotou a ampla liberdade sindical e, nesse sentido, a Lei 13.467/2017 representa grande avanço, pois retira a compulsoriedade da contribuição anual sindical. A contribuição anual que antes era obrigatória agora é facultativa. Nem a norma coletiva poderá tornar qualquer contribuição sindical compulsória, na forma do inciso XXVI do art. 611-B da CLT.¹⁴⁰

Diante do exposto, com o fim da obrigatoriedade da contribuição anual sindical, os Sindicatos tiveram que sair do comodismo para realmente representar a classe trabalhadora para conseguir conquistar a anuência destes para cobrar a respectiva contribuição anual sindical e gerar recursos financeiros para se manterem, é o que está previsto no artigo 579, da CLT, prevê:

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou

¹³⁸ Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho, p. 911.

¹³⁹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08-09-2019, às 22h31.

¹⁴⁰ Vólia Bomfim Cassar. Comentários à Reforma Trabalhista, p. 71.

profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.¹⁴¹

Como já visto anteriormente, a Negociação Coletiva como mecanismo de possível solução do Contrato Intermitente e a efetividade do Sindicato, exercendo a sua função negocial, essa modalidade de contrato respeitará os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores.

4.3 Princípio da Adequação Setorial

O Princípio da Adequação Setorial, idealizado por Maurício Godinho Delgado, tem como objetivo limitar a negociação coletiva, diz que:

Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justabalhista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).¹⁴²

4.4 Jurisprudência

Dessarte, Amauri Mascaro Nascimento conceitua jurisprudência:

É, sabidamente, fonte de direito. Assim, também, quanto ao direito do trabalho (CLT, art. 8.º). A palavra “jurisprudência” tem mais de um sentido. Aqui é empregada como o conjunto de decisões proferidas por um tribunal reiteradamente e de forma a construir uma diretriz de solução para os casos futuros e iguais.¹⁴³

¹⁴¹¹⁴¹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> Acesso em: 08.09.2019, às 22:31.

¹⁴² Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho, p. 256.

¹⁴³ Amauri Mascaro Nascimento. Iniciação ao Direito do Trabalho, p. 95.

Desta forma, a Jurisprudência para Luciano Martinez é aquele “procedimento criativo, os juízes, depois de ponderar sobre questões concretas, emitem entendimentos sobre o conteúdo da lei e criam conclusões abstratas, aplicáveis a outros conflitos de interesse, aptas a preencher lacunas normativas”.¹⁴⁴

A jurisprudência, no futuro para Rodrigo Trindade de Souza, é quem resolverá as incertezas sobre aplicação do contrato intermitente, com a finalidade de corretamente definir elementos aplicativos.¹⁴⁵

4.5 Controle de Constitucionalidade

4.5.1 Conceito

A Constituição Federal é escrita e rígida, por esse motivo é possível o Controle de constitucionalidade das leis. Que vigora o princípio da supremacia formal da Constituição, ou seja, a Carta Magna está acima de todas as normas.¹⁴⁶

Conceito de Controle de Constitucionalidade para Roberto Baptista Dias da Silva “é o conjunto de mecanismos previsto na Constituição para preservar sua força normativa e sua hierarquia em relação aos demais atos do ordenamento jurídico”.¹⁴⁷

Existem dois tipos de Controle de Constitucionalidade, o difuso e o concentrado, no próximo subtítulos serão abordados.

4.5.2 Controle Difuso

O Controle Difuso para Roberto Baptista Dias da Silva é aquele que pode ser realizado o Controle de Constitucionalidade por qualquer órgão do Poder Judiciário, diz também que “é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar as regras jurídicas, devendo, antes de mais nada, analisar se as normas infraconstitucionais são compatíveis ou não com as disposições constitucionais”.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Luciano Martinez. Curso de Direito do Trabalho, p. 100.

¹⁴⁵ Ricardo Carvalho Fraga (coord.). Reforma Trabalhista – Primeiro Ano, p. 65.

¹⁴⁶ Vicente Paulo; Marcelo Alexandrino. Direito Constitucional Descomplicado, p. 771-772.

¹⁴⁷ Roberto Baptista Dias da Silva. Manual de Direito Constitucional, p. 89.

¹⁴⁸ Ibid., p. 102.

Pedro Lenza conceitua como: “O Controle Difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário”.¹⁴⁹

4.5.3 Controle Concentrado

Pedro Lenza conceitua o Controle Concentrado como aquele em que o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo é concentrado em um único tribunal.¹⁵⁰

Nos explica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino que o controle abstrato:

É efetivado em tese, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. Diz que o controle abstrato a inconstitucionalidade é examinada “em tese” (in abstracto) porque o controle é exercido em uma ação cuja finalidade é, unicamente, o exame da validade da lei em si; a aferição da constitucionalidade da lei não ocorre incidentalmente, em um processo comum”.¹⁵¹

Verificamos que a doutrina chama o controle concentrado como abstrato, como acima Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. Já Pedro Lenza e Roberto Baptista Dias da Silva prefere usar a denominação controle concentrado.¹⁵²

As ações propostas perante o Superior Tribunal Federal no controle concentrado são: Ação Direta de Constitucionalidade Genérica – ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADO, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. As ações supracitadas estão previstas na Constituição Federal.

4.6 Controle de Convencionalidade

A Primeira teoria falando de Controle de Convencionalidade, foi criada por Valerio de Oliveira Mazzuoli, segundo essa tese, o Controle de Convencionalidade

¹⁴⁹ Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado, p. 224.

¹⁵⁰ Ibid., p. 237.

¹⁵¹ Vicente Paulo; Marcelo Alexandrino, op. cit. p. 834.

¹⁵² Para maior compreensão, consultar Roberto Baptista Dias Da Silva, ob.cit. p. 119 e segs. Explica que o controle concentrado é conhecido também como controle abstrato, devido a finalidade de obter do Supremo Tribunal Federal a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, independentemente da existência de um caso concreto a ser analisado.

é o mecanismo responsável pela compatibilização do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.¹⁵³

É entendimento desse autor que o Controle de convencionalidade ainda é pouco conhecido no Brasil, e que sua finalidade é “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *latu sensu* vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional”.¹⁵⁴

Outrossim, Luiz Flávio Gomes nos explica que a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, ao contrário da teoria de Valerio de Oliveira Mazzuoli, que o tratado internacional de direitos humanos equivalem mais do que a lei ordinária, tese idealizada por Gilmar Mendes, nos julgamentos de HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, decisão proferida no dia 3/12/08.¹⁵⁵

Nesse sentido, essa tese do Gilmar Mendes, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados nas duas casas legislativas, com quórum qualificado e ratificado pelo Brasil, terá valor de Emenda Constitucional¹⁵⁶ e todos os outros tratados e direitos humanos vigentes no Brasil contam com valor supralegal.

4.7 Hermenêutica.

Acerca da Hermenêutica, Pedro Lenza, diz que “o hermeneuta, dessa forma, levando em consideração a história, as ideologias, as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado, definirá o verdadeiro significado do texto constitucional”.¹⁵⁷

É entendimento desse autor que onde não haver dúvida, não caberá ao exegeta interpretar, ou seja, não cabendo qualquer trabalho hermenêutico. E que essa

¹⁵³ Valerio de Oliveira Mazzuoli; Coordenadores Alice Bianchini; Luiz Flávio Gomes; e William Terra de Oliveira. O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, p. 131-132.

¹⁵⁴ *Ibid.*, mesma página.

¹⁵⁵ Luiz Flávio Gomes. Controle de Convencionalidade: Valerio Mazzuoli “versus” STF. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI87878,91041Controle+de+Convencionalidade+Valerio+Mazzuoli+versus+STF>> Acesso em 14-09-2019, às 14:28.

¹⁵⁶ Artigo 5.º, §3º, da CF, vejamos: 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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 14.09.2019, às 14:50.

¹⁵⁷ Pedro Lenza. Op. Cit. p. 129.

interpretação deve ser feita analisando todo o sistema e que em caso de antinomia de normas será utilizado a interpretação sistemática em conjunto com os princípios constitucionais, com a finalidade de solucionar os conflitos.

4.8 A Harmonização

A harmonização e a Reforma Trabalhista, interessante tema que Ricardo Carvalho Fraga aborda, falando que:

Além da coerência entre as inúmeras alterações consigo mesmas, há de se examinar. Ao contrário do que a imprensa leiga noticia, é postura que se exige relativamente a toda a harmonia com a Constituição e Convenções Internacionais, e qualquer lei em nosso sistema, e em outros também.¹⁵⁸

Os Princípios da Unidade da Constituição e Da Harmonização, integrantes da interpretação.

o tratar da interpretação sistemática, restou claro que as normas não devem ser interpretadas isoladamente, visto que o ordenamento jurídico não se caracteriza como um emaranhado caótico de regras, mas como um sistema harmônico.

4.9 Princípio da Intervenção Mínima e o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

Raphael Jacob Brolio fala que a Justiça do Trabalho no exame da convenção coletiva ou acordo coletivo, deve analisar a validade dos elementos essenciais do negócio jurídico, artigo 104 do Código Civil, combinado com o artigo 8.º, §3.º da Consolidação das Leis Trabalhistas, que consagra o princípio da intervenção mínima. E cita o conflito entre o princípio da intervenção mínima com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, este está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.¹⁵⁹

Dispõe o artigo 104 do CC, Abaixo:

¹⁵⁸ Raphael Jacob Brolio. Op. Cit. f. 182.

¹⁵⁹ Raphael Jacob Brolio, op. cit. f. 99.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁶⁰

O princípio da intervenção mínima, esculpida no artigo 8º, §3.º da CLT, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

O Princípio da Inafastabilidade da jurisdição está previsto no Texto Constitucional, a seguir:

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:

¹⁶⁰ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 08.09.2019, às 22:42.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;¹⁶¹

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino acerca do princípio da inafastabilidade de jurisdição diz:

Consustancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos (e também às pessoas jurídicas), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão independente e imparcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, §4., IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição.¹⁶²

Assim, é o entendimento de Raphael Jacob Brolio, que na Negociação Coletiva (convenção ou acordo coletivo), o princípio da inafastabilidade da jurisdição, esculpido no artigo 5.º, XXV da CF, tem força de direito fundamental, de aplicabilidade imediata e que o princípio da intervenção mínima, previsto no artigo 8.º, §3º da CLT, verga-se com a interpretação Constitucional e que existem outros remédios jurídico – processuais com a finalidade de anular atos jurídicos em geral.

¹⁶¹ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08-09-2019, às 23h34.

¹⁶² Vicente Paulo; Marcelo Alexandrino. Direito Constitucional Descomplicado. 163.

Aspectos Conclusivos

O Contrato Intermitente dos vários posicionamentos da doutrina majoritária que analisamos em nosso trabalho, Maurício Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado, Homero Batista Silva, Paulo Sérgio João, Vólia Bomfim Cassar, Luciano Martinez, as Associações de Advogados (OAB, AATSP), de juízes (ANAMATRA), apontam mais aspectos negativos para o empregado, principalmente a precarização, do que pontos positivos, é visível a falta de segurança jurídica na aplicação do contrato intermitente para qualquer atividade, exceto aeronautas, como prevê o artigo 443, §3, da CLT.

Evidente é a necessidade de uma regulamentação nas seguintes questões: falta de previsibilidade da jornada de trabalho, do salário, da previdência, a questão das férias sem remuneração, a multa em caso de aceite do chamado ao trabalho e o não comparecimento sem justificativa, além do período de inatividade que não é considerado tempo à disposição, fora a incompatibilização dos requisitos do vínculo de emprego.

Diante do exposto, com certeza temos a violação do Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana, previsto no inciso III, do artigo 1.º da Constituição Federal, que é considerado um direito fundamental, que o ser humano tem que trabalhar em condições dignas, ter uma contraprestação mínima que satisfaça as suas necessidades de sobrevivência e que possa chegar na sua velhice e ter uma previdência digna.

Vimos que essa nova modalidade de Contrato Intermitente nasceu em uma sociedade em crise financeira e política, totalmente empresarial, com a finalidade de reduzir o desemprego, formalizar o chamado “bico” e flexibilizar e facilitar a contratação do empregado intermitente para o empregado. Porém o que se vê é o desemprego e a substituição do contrato indeterminado por estas novas modalidades de contrato, reduzindo os direitos dos trabalhadores.

A 2ª Jornada de Direito do Trabalho, realizado pela ANAMATRA, definiu o contrato intermitente como contrato “zero hora” e o que mais chamou atenção, foi o enunciado 73 que pedi para a declaração de inconstitucionalidade do contrato intermitente.

Como bem explica Ricardo Fraga, essa Reforma Trabalhista desencadeou uma imagem negativa ao Brasil, indo na contramão da proposta que é a modernização, a nossa Sociedade se sentiu obrigada acompanhar o resto do Mundo, onde essa modalidade de trabalho já é habitual, mais não dessa forma em que foi submetida para aprovação.

A 106ª Conferência Internacional do Trabalho, o Brasil não configurou entre os 24 países denunciados sobre a modernização da Reforma Trabalhista, porém não foi arquivada pelo Escritório da OIT, que o Comitê de Peritos continuava acompanhando as convenções coletivas de negociação coletiva ratificadas pelo Brasil.

Como possíveis soluções do Contrato Intermitente temos os Controles de Constitucionalidade e Convencionalidade, que compete ao Supremo Tribunal Federal a missão de guardar a Constituição Federal, os Tratados Internacionais, em caso de violações. Por exemplo: a ADI 5829/2017 que está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal contestando a inconstitucionalidade da nova redação dada ao artigo 443, "caput" e §003º, artigo 452-A e respectivos parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Acórdão 4ª Turma – Processo nº TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, que reformou a primeira decisão em segunda instância do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região de Minas Gerais, inédito, reconhecendo a legalidade da aplicação do Contrato Intermitente, que pode ser parâmetro para futuros processos, e que não resta dúvida que vai trazer uma segurança jurídica para a classe empresarial.

E que é necessário para a solução de conflitos a regulamentação através da negociação coletiva do trabalho, respeitando o princípio da adequação setorial, idealizado por Maurício Godinho Delgado, que impõe critérios de limites nessa negociação.

O Magistrado tem uma função importante para resolver o conflito ao julgar a legalidade do contrato intermitente, podendo utilizar de outros instrumentos de interpretação, por exemplo, a hermenêutica, que para Pedro Lenza a utilização desse mecanismo é nos casos em que não há dúvida.

Logo, com reiteradas decisões podemos ter o auxílio da Jurisprudência para resolver as lacunas do processo trabalhista.

Diante do exposto, só o tempo vai dizer se essa nova modalidade de contrato de trabalho intermitente vai vingar na legislação trabalhista, se vai ser declarada inconstitucional ou não, por violar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Enquanto isso não acontece, o que sabemos é que a Lei 13.467/2017 “Reforma Trabalhista” está vigente e já tem posicionamentos a favor do contrato intermitente, como já citamos o Acórdão da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Julio Ricardo de Paula Amaral. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

BROLIO, Raphael Jacob. **O Contrato de Trabalho Intermitente brasileiro. Tese de Doutorado**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2018, 184 f.

BUENO, Norberto. **A filosofia jurídico-política de Norberto Bobbio**. São Paulo: Mackenzie, 2006.

CASSAR, Vólia Bofim. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. (edição digital)

COELHO, Gabriela. **Incide Contribuição Previdenciária sobre Férias de Trabalho Intermitente, diz Receita**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-23/ferias-trabalho-intermitente-integrar-calculo-previdenciario> > Acesso em: 11-02-2019.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2017. (edição digital)

_____. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. (edição digital)

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; e SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira et al. **Comentários à Lei da Reforma Trabalhista: Dogmática, Visão Crítica e Interpretação Constitucional**. SÃO PAULO : LTr, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3^a ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins Filho. **A necessidade de Reformas para promover o bem comum da sociedade**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/ives-gandra-filho-necessidade-reformas-prol-bem-comum>> Acesso em 16.09.2019, às 20:09.

FRAGA, Ricardo Carvalho. **Reforma Trabalhista - Primeiro Ano**. São Paulo: LTr, 2018.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 6^a ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2004.

JOÃO, Paulo Sérgio. **Trabalho Intermitente: novo conceito de vínculo de emprego**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalho-intermitente-conceito-vinculo-emprego>> Acesso em 15.09.2019, às 09:59.

LEÃO XIII, Papa. **Carta Encíclica “Rerum Novarum”, Capítulo 10**. Disponível em <<http://w2.vatican.va/content/leao-xii>> Acesso em: 02-04-2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista : entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

MACHADO, Diego Pereira; AMADO, Frederico; e PAVIONE, Lucas (organizadores). **Coleção Resumos Direitos Humanos**. 2^a ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

MALLET, Estêvão. **Prós e contras da reforma trabalhista**. Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2017/11/pros-e-contras-da-reforma-trabalhista-sao-abordados-em-entrevista-com-estevao-mallet-1>> Acesso em: 11-08-2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; e OLIVEIRA, William Terra de (coord.). **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (edição digital)

MEDEIROS, Benizete Ramos de (coord.). **O Mundo do Trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas - um olhar luso-brasileiro**. V. Vários Autores. São Paulo: LTr, 2018.

MONTAL. Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (organizadoras). **Reforma Trabalhista em perspectiva : desafios e possibilidades**. São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Reforma Trabalhista: comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PERINETTI, Gabriela Garcia Esteves; CALCINI, Ricardo (coord.) **Trabalho Intermitente e o Limbo Previdenciário**. Disponível em <https://www.megajurídico.com/trabalho-intermitente-e-o-limbo-previdenciário>. Acesso em: 18-01-2019.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto; PACILÉO, Afonso; e Hakim (organizadores). **Manual da Reforma Trabalhista - pontos e contrapontos**. Porto Alegre - São Paulo: AATSP-Sensus, 2017. (edição digital)

SILVA, Homero Batista. **Comentários à Reforma Trabalhista**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Manole, 2007.

VALENTE, Fernanda. **TST autoriza Magazine Luiza a contratar em regime intermitente**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-11/tst-autoriza-magazine-luiza-contratar-regime-intermitente>> Acesso em 16.09.2019, às 20:40.

Anexos

Anexo 1 – Acórdão 4ª Turma – Processo nº TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097, Ministro Relator Ives Gandra da Silva Martins Filho.

ACÓRDÃO

(4ª Turma)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RITO SUMARÍSSIMO – TRABALHO INTERMITENTE – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, II, DA CF. Tratando-se de matéria nova a relativa ao trabalho intermitente, reconhece-se a transcendência jurídica do recurso de revista, e constatando-se a recusa do Regional na aplicação da nova Lei 13.467/17 à modalidade intermitente de contratação, a hipótese é de reconhecimento de violação do art. 5º, II, da CF, em processo submetido ao rito sumaríssimo. **Agravo de instrumento provido.**

II) RECURSO DE REVISTA – RITO SUMARÍSSIMO – TRABALHO INTERMITENTE – MATÉRIA NOVA – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, II, DA CF – DESRESPEITO PATENTE À LEI 13.467/17, QUE INTRODUZIU OS ARTS. 443, § 3º, E 452-A NA CLT. 1. Constitui matéria nova no âmbito deste Tribunal, a ensejar o conhecimento de recurso de revista com base em sua transcendência jurídica (CLT, art. 896-A, § 1º, IV), aquela concernente ao regramento do trabalho intermitente, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.467/17.

2. Discutida a matéria em recurso oriundo de processo submetido ao rito sumaríssimo, apenas por violação direta de dispositivo constitucional se pode conhecer do apelo, nos termos do § 9º do art. 896 da CLT.

3. É pacífica a jurisprudência do TST no sentido de que, excepcionalmente, pode-se conhecer de recurso de revista em rito sumaríssimo por violação ao princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da CF, como forma de

controle jurisdicional das decisões dos TRTs que deixarem flagrantemente de aplicar dispositivo legal que rege a matéria em debate (Precedentes de todas as Turmas, em variadas questões).

4. In casu, o 3º Regional reformou a sentença, que havia julgado improcedente a reclamatória, por entender que o trabalho intermitente “deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas” e que “não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa”.

5. Pelo prisma da doutrina pátria, excessos exegéticos assomam tanto nas fileiras dos que pretendem restringir o âmbito de aplicação da nova modalidade contratual, como nas dos que defendem sua generalização e maior flexibilidade, indo mais além do que a própria lei prevê.

6. Numa hermenêutica estrita, levando em conta a literalidade dos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, que introduziram a normatização do trabalho intermitente no Brasil, tem-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” (§ 3º). Ou seja, não se limita a determinadas atividades ou empresas, nem a casos excepcionais. Ademais, fala-se em valor horário do salário mínimo ou daquele pago a empregados contratados sob modalidade distinta de contratação (CLT, art. 452-A).

7. Contrastando a decisão regional com os comandos legais supracitados, não poderia ser mais patente o desrespeito ao princípio da legalidade. O 3º Regional, refratário, como se percebe, à reforma trabalhista, cria mais parâmetros e limitações do que aqueles impostos pelo legislador ao trabalho intermitente, malferindo o princípio da legalidade, erigido pelo art. 5º, II, da CF como baluarte da segurança jurídica.

8. Ora, a introdução de regramento para o trabalho intermitente em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se

encontravam na informalidade (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de “bicos”, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das novas modalidades contratuais existentes no mundo, flexibilizando a forma de contratação e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho.

9. Nesses termos, é de se acolher o apelo patronal, para restabelecer a sentença de improcedência da reclamatória trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097**, em que é Recorrente **MAGAZINE LUIZA S.A.** e é Recorrido **MARCOS TEIXEIRA OLEGÁRIO**.

RELATÓRIO

Contra o despacho da Presidência do TRT da 3ª Região, que trancou seu recurso de revista com lastro no § 9º do art. 896 da CLT (seq. 3, págs. 161-162), a Reclamada agrava de instrumento, sustentando a viabilidade de seu apelo, lastreado em violação dos arts. 5º, II, e 97 da CF e contrariedade à Súmula Vinculante 10 do STF, por ter o Regional afastado a aplicação dos arts. 452-A e 443, § 3º, da CLT à hipótese de contratação de trabalhador na modalidade de trabalho intermitente, sem que houvesse sido declarada a sua inconstitucionalidade, a par de se invocar negativa de prestação jurisdicional (seq. 3, págs. 168-196).

Foram oferecidas contrarrazões ao recurso de revista (seq. 3, págs. 227-229) e contraminuta ao agravo de instrumento (seq. 3, págs. 230-231).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público com lastro no art. 95, § 2º, II, do RITST. É o relatório.

VOTO

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

1) CONHECIMENTO

A invocação de vulneração ao **art. 97 da CF** e de contrariedade à Súmula **Vinculante 10 do STF** foi veiculada apenas no agravo de instrumento, constituindo **inovação recursal**, razão pela qual deixo de me pronunciar sobre elas. No mais, tempestivo o agravo, regular a representação e atendendo aos demais pressupostos de sua admissibilidade, dele **CONHEÇO**.

2) MÉRITO

Tratando-se de apelo interposto sob a égide da **Lei 13.467/17**, que parametrizou o **critério de transcendência** para o recurso de revista, e em processo submetido ao **rito sumaríssimo**, deverá ser analisado à luz dos **arts. 896, § 9º, e 896-A, § 1º, da CLT**, que dispõem:

“**Art. 896.** (...)

§ 9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.

Art. 896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado; IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista”.

A revista patronal veio calcada em violação do art. 5º,II, da CF, que alberga o princípio da legalidade, e do art. 93, IX, da CF, por negativa de prestação jurisdicional, dada a não aplicação, pelo Regional, dos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT a hipótese de contratação de trabalhador sob a modalidade do trabalho intermitente (seq. 3, págs. 136-158).

O despacho agravado assentou ser no máximo reflexa a violação do art. 5º, II, da CF, para uma decisão turmária regional da qual transcreve o seguinte trecho:

“Entende-se, portanto, que o **trabalho em regime intermitente** é lícito de acordo com a nova legislação, todavia, **deve ser feito somente em caráter excepcional**, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e **para atender demanda intermitente em pequenas empresas**, sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular. **Não é cabível** ainda a utilização de contrato intermitente para **atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa**. No caso, como se trata de uma companhia aberta de capital autorizado, cujo objeto social inclui o comércio varejista e atacadista, em geral; importação e exportação de produtos; o acondicionamento e a embalagem de produtos entre outros (atos constitutivos - Id. 4d3d43a), entende-se que as funções exercidas pelo reclamante enquadram-se em atividade permanente e contínua da empresa. Do mesmo modo, considera-se que a redação do referido artigo 443, § 3º, da CLT, no sentido de que considera-se trabalho intermitente independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, na realidade **se refere à função exercida pelo trabalhador e não ao caráter da atividade em si**, termos em que, data maxima venia do entendimento esposado pelo d. juízo de primeiro grau, esta Eg. Turma declarou nula a contratação do reclamante pelo regime intermitente. Reconhecida a nulidade da cláusula contratual relativa à modalidade da prestação de serviços

(intermitentes), é despicienda a análise das demais alegações recursais a respeito da matéria” (seq. 3, pág. 162, grifos nossos).

Em se tratando de recurso de revista interposto em processo submetido ao **rito sumaríssimo**, admissível apenas por violação direta a dispositivo constitucional, o TST tem considerado passível de conhecimento o apelo lastreado em **atentado contra o princípio da legalidade** insculpido no **art. 5º, II, da CF**, quando **patente o desrespeito à lei**. São exemplos dessa **jurisprudência mais flexível do TST** os seguintes casos:

a) aplicação da **multa do art. 475-J do CPC/73** no Processo do Trabalho, mesmo tendo esta regra própria (cfr. RR-62100-02.2010.5.21.0011, 1ª Turma, Relator Ministro **Walmir Oliveira da Costa**, DEJT 19/10/2017; RR-966-58.2016.5.08.0129, 2ª Turma, Relatora Ministra **Maria Helena Mallmann**, DEJT 12/04/2018; RR-1930-29.2012.5.08.0117, 7ª Turma, Relator Ministro **Luiz Philippe Vieira de Mello Filho**, DEJT 12/09/2013);

b) incidência da **contribuição previdenciária** sobre o **aviso prévio indenizado** (RR-11500-09.2015.5.03.0041, 3ª Turma, Relator Ministro **Alexandre de Souza Agra Belmonte**, DEJT 14/09/2017);

c) reconhecimento de **responsabilidade subsidiária** de entidade pública **sem demonstração de culpa** na fiscalização da empresa terceirizada (RR-16712-90.2014.5.16.0006, 4ª Turma, Relator Ministro **Alexandre Luiz Ramos**, DEJT 14/03/2019);

d) reconhecimento de **vínculo empregatício direto** com a tomadora de serviços de empregado de **empresa terceirizada**, por se reputar **ilícita a terceirização de atividade-fim** (ARR-191-27.2014.5.03.0008, 5ª Turma, Relator Ministro **Emmanoel Pereira**, DEJT 14/03/2019; ARR-1651-64.2010.5.03.0113, 7ª Turma, Relator Ministro **Ives Gandra Martins Filho**, DEJT 29/11/2012; RR-1780-93.2010.5.03.0105, 8ª Turma, Relator Ministro **Márcio Eurico Vitral Amaro**, DEJT 28/04/2019);

e) utilização do **salário mínimo** como **indexador do adicional de insalubridade** (RR-1565-29.2011.5.03.0026, 6ª Turma, Relator Ministro **Augusto César Leite de Carvalho**, DEJT 13/09/2012); Ou seja, **todas as Turmas do TST** têm admitido, em **rito sumaríssimo**, o conhecimento de recurso de revista calcado em

violação do art. 5º, II, da CF, nos casos em que o TRT desrespeita flagrantemente comando de lei ordinária.

No caso, os **comandos legais** invocados pela Reclamada como **atropelados pelo 3º Regional** são os arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, que assim dispõem:

“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.

(...)

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente 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**” (grifos nossos).

Contrastando a **decisão regional** com os **comandos legais** supracitados, não poderia ser mais **patente o desrespeito ao princípio da legalidade.**

A **lei** define e traça os parâmetros do contrato de **trabalho intermitente** como sendo aquele **descontínuo** e que pode ser firmado para **qualquer atividade**, exceto para aeronautas, desde que **observado o valor do salário hora dos demais trabalhadores não intermitentes** da empresa.

A **decisão regional cria mais parâmetros e limitações**, ao assentar que **“deve ser feito somente em caráter excepcional**, ante a precarização

dos direitos do trabalhador, e **para atender demanda intermitente em pequenas empresas**” e que “**não é cabível** ainda a utilização de contrato intermitente para **atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa**”.

Ou seja, a Reclamada atendeu a todos os ditames da lei quanto à contratação do Reclamante como trabalhador intermitente, mas o 3º Regional, **refratário à reforma trabalhista**, por considera-la precarizadora das relações de trabalho, invalida a contratação, ao arrepio de norma legal votada e aprovada pelo Congresso Nacional.

Na **doutrina, excessos exegéticos** assomam tanto nas fileiras dos que pretendem restringir o âmbito de aplicação da nova modalidade contratual, como nas dos que defendem sua maior generalização e maior flexibilidade, indo mais além do que a própria lei prevê. Assim, temos:

a) hermenêutica ampliativa – o empregado não ficaria vinculado à empresa e o contrato terminaria com o final do engajamento efetivo do trabalhador (cfr. **Eduardo Carrion**, “Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas”, Saraiva – 2019 – São Paulo, pág. 347).

b) hermenêutica restritiva – reputando a lei de ladina e precarizadora, sustenta-se que o direito ao salário mínimo para o trabalhador intermitente deverá ser mensal e não proporcional às horas laboradas, inclusive nos meses em que não houver trabalho algum (cfr. **Maurício Godinho Delgado**, “A Reforma Trabalhista no Brasil, com os Comentários à Lei 13. 467/17”, LTr – 2017 – São Paulo, págs. 153-157); assim, seria inconstitucional o salário mensal inferior ao mínimo legal para o trabalhador intermitente (cfr. **Jorge Pinheiro Castelo**, “Panorama Geral da Reforma Trabalhista – Aspectos de Direito Material”, LTr – 2018 – São Paulo, págs. 140-150); também seria inconstitucional a multa a ser paga pelo empregado intermitente que faltar ao serviço quando tenha aceito a convocação (cfr. **Fernando César Teixeira Freitas**, “Novidades do Contrato na Reforma Trabalhista”, in “Reforma Trabalhista de Acordo com a Lei 13.467/17”, Editora Foco – 2017 – Indaiatube, págs. 29-33); o trabalho intermitente deveria ser vetado para categorias não sujeitas à utilização de mão-de-obra flexível, a par de se dever assegurar uma jornada mensal mínima, independentemente do número de horas trabalhadas no mês (cfr. **Carla Franco Zannini**, in “Lei da Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo”, JHMIZUNO – 2017 – Leme, págs. 156-158); além dos aeronautas, também os domésticos estariam fora do âmbito do trabalho intermitente, por possuírem legislação

própria (cfr. **Luiz Carlos Roveda**, “*Reforma Trabalhista Comentada por Juízes do Trabalho: Artigo por Artigo*”, LTr – 2018 – São Paulo, págs. 169); ao trabalhador intermitente seria devido salário equitativo ao dos trabalhadores não eventuais da empresa, não se fazendo necessário o atendimento dos requisitos legais da equiparação salarial (cfr. **Juliana Cruz**, “*Contrato de Trabalho Intermitente*”, in “Desafios da Reforma Trabalhista”, RT – 2017 – São Paulo, págs. 149-155).

c) hermenêutica estrita – pode ser utilizado em qualquer tipo de atividade, mantendo-se um vínculo do empregado com a empresa, que o chamará quando necessitar de seus serviços e pagará pelo tempo de trabalho efetivo, quando aceita a chamada (cfr. **José Eduardo Duarte Saad**, “*CLT Comentada*”, LTr – 2018 – São Paulo, pág. 689); admite-se inclusive para o trabalho doméstico de diaristas, que passam a ter uma contratação fixa, com engajamentos semanais de ao menos um dia (cfr. **Fabiano Coelho de Souza**, “*Reforma Trabalhista – Análise Comparativa e Crítica da Lei 13.467/2017*”, Editora Rideel – 2017 – São Paulo, págs. 166-169); o piso correspondente ao salário mínimo se aplica ao valor do salário hora (cfr. **Gáudio Ribeiro de Paula**, “*Lei 13.467/17 – Uma Análise Didática da Reforma Trabalhista*”, LTr – 2018 – São Paulo, págs. 36-40); o cálculo e pagamento das férias do trabalhador intermitente seguiria o procedimento dos trabalhadores avulsos, pela natureza similar da forma de prestação dos serviços, por engajamento concreto (cfr. **Vólia Bomfim Cassar**, “*Uma das Novidades da Reforma Trabalhista: O Contrato Intermitente*”, in “*A Reforma Trabalhista na Visão da Academia Brasileira de Direito do Trabalho*”, Lex- Magister – 2018 – Porto Alegre, págs. 186-190).

Ora, a introdução de regramento para o **trabalho intermitente** em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se encontravam na **informalidade** (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de “bicos”, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das **novas modalidades contratuais** existentes no mundo (junto com o teletrabalho, também introduzido pela Lei 13.467/17), flexibilizando a forma de contratação, prestação dos serviços e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas **segurança jurídica** a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho.

Nesse sentido se manifesta **João Vicente Rothfuchs**, da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho, *verbis*:

“O contrato de trabalho intermitente é **algo absolutamente necessário** para regulamentar e proteger uma espécie de relação de trabalho que hoje está fora do âmbito protetivo do direito laboral. Trabalho intermitente já existe, é uma realidade inquestionável, e para enxergá-lo basta almoçar em um restaurante em um domingo. Provavelmente o garçom que irá servir a mesa será um denominado “extra”, que nada mais é do que um trabalhador intermitente contratado como autônomo e, com isso, sem qualquer tipo de direito trabalhista.

A regulamentação desse tipo de trabalho vem para estabelecer o mínimo de proteção para esse trabalhador, já que, no exemplo acima, ele jamais será contratado como um empregado ordinário por um restaurante que precisa de seus serviços apenas em duas refeições do final de semana. Embora o Direito do Trabalho não deva se curvar aos ditames do “mercado”, não pode simplesmente fechar os olhos a ele, sob pena de tornar-se letra morta, **gerando o paradoxo de desproteção em face da proteção exagerada**, em movimento conhecido como “fuga” do Direito do Trabalho. Em razão de tudo isso, o que aqui se propõe é ajustar esse **novo modelo de trabalho, que vem sendo reconhecido ao redor do mundo como uma forma necessária de se ajustar uma relação existente na sociedade contemporânea, de modo a preservar os direitos fundamentais trabalhistas.** (“*O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista*”, in “*Reforma Trabalhista – Desafio Nacional*”, Lex Magister – 2018 – Porto Alegre – pág. 157) (grifos nossos).

Quanto ao **critério de transcendência** para se conhecer da matéria, se, por um lado, como a nova modalidade de contratação, por **curtos períodos de tempo**, supõe **remuneração menor, proporcional aos engajamentos**, as reclamações serão naturalmente enquadradas no rito sumaríssimo das **pequenas causas trabalhistas**, o que lhes retiraria a transcendência econômica, por outro, tratando-se de **matéria nova**, ligada às modificações introduzidas na CLT pela **Lei 13.467/17**, que promoveu a **Reforma Trabalhista** em nosso país, tenho como caracterizada a **transcendência jurídica** do recurso de revista, de acordo com o **inciso IV do § 1º do art. 896-A da CLT**.

Nesses termos, tendo como violado o **art. 5º, II, da CF** em sua literalidade, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista patronal.

B) RECURSO DE REVISTA

Provido o agravo de instrumento com lastro em vulneração a dispositivo constitucional e preenchendo o recurso de revista os demais pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, dele **CONHEÇO** e lhe **DOU PROVIMENTO**, para reformar a decisão regional e restabelecer a sentença de improcedência de reclamatória trabalhista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade:

I – conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento, convertendo-o em recurso de revista, e determinar a reautuação dos autos e a publicação da certidão de julgamento para ciência e intimação das Partes e dos interessados de que o julgamento da revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da referida publicação, nos termos do art. 256 do Regimento Interno desta Corte;

II – conhecer e dar provimento ao recurso de revista patronal, em face de sua transcendência jurídica e por violação do art. 5º, II, da CF, para, reformando a decisão regional, restabelecer a sentença de origem.

Brasília, 07 de agosto de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO

Ministro Relator