

A REFORMA TRABALHISTA E O EMPREGADO INTERMITENTE: INSTRUMENTO DE PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

**Cláudio Jannotti
da Rocha**

Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). É coordenador e pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas, da UFES, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (RENAPEDTS). Membro

The Labor Reform and the
intermittent employee: instrument
of precarious labor rights

RESUMO

Diante das mudanças da realidade do mercado de trabalho e das crises econômicas que afetaram a situação brasileira a partir de 2008/2009, pode-se ver o fortalecimento do discurso neoliberal como instrumento apto e capaz de resolver todos os problemas, como se fora uma fórmula mágica para tudo e todos, tendo como foco central as Reformas Trabalhista e Previdenciárias, prevendo a drástica redução de direitos assegurados constitucionalmente. Nesse diapasão, cresce a pressão para flexibilizar a legislação trabalhista de modo a tornar o país market friendly e superar a recessão econômica e os altos índices de desocupação. Assim, aprovou-se a Reforma Trabalhista em caráter de urgência, modificando diversas normas do sistema justa-trabalhista. Dentre estas mudanças, tivemos a incorporação de diversas modalidades empregatícias estratificadas, voltadas a precarizar a relação de emprego tradicional (prestada por pessoa física, subordinada, habitual, com direito à jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 horas semanais e remunerada). Sob o enfoque do empregado intermitente, o presente estudo analisa as normas celetistas em face da Constituição, do Direito Comparado e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. matheus.melo.mestrado@gmail.com

Francisco Matheus Alves Melo

Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). claudiojannotti@hotmail.com

Recebido: março 01, 2019

Aceito: agosto 12, 2019

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Modalidades Empregatícias Estratificadas; Empregado Intermitente.

Abstract

Faced with the changes in the reality of the labor market and the economic crisis of 2015, we can see the strengthening of the neoliberal discourse, as an apt instrument and savior of all problems, as if in fact it was the magic formula of everything and everyone. In this context, the pressure is growing to make labor legislation more flexible in order to make the country market friendly and to overcome the economic recession and high rates of unemployment. Thus, the Labor Reform was approved as a matter of urgency, modifying various norms of the labor system. Among these changes, we had the incorporation of several stratified employment modalities, aimed at precariousness of the traditional employment relationship (provided by individual, subordinate, habitual, entitled to a working day of eight hours a day and 44 hours a week and remunerated). Focused on the intermittent employee, this study analyses the changes in the Brazilian Labour Law compared to the Constitution, the Comparative Law and the International Human Rights Trades.

Keywords: Labour Law Reform; Stratified Employee Regime; Intermittent employee.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil passa atualmente por uma duradoura crise econômica, iniciada em 2008/2009 e agravada em meados de 2013. Todavia, o seu ápice ocorreu desde 2015. Nesse sentido, pode-se dizer que a crise econômica brasileira de 2015 foi provocada por uma combinação de fatores políticos, socioeconômicos e até mesmo jurídicos. E – assim como os países europeus que enfrentaram medidas de austeridade pós-crise econômica de 2008 – a mudança do cenário econômico nacional acarretou o fortalecimento do discurso neoliberal, bem como de medidas de austeridade, tal como a reforma trabalhista.

Deparamo-nos, portanto, após avanços na doutrina e jurisprudência brasileira voltadas à promoção do trabalho digno, com a retomada de alegações voltadas à redução de direitos trabalhistas para tornar o país *Market Friendly*. Em seguida, cresce a pressão para adotar medidas de austeridade, a exemplo de novas formas atípicas de contrato de trabalho. E, mais recentemente, com a aprovação das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, a legislação trabalhista é alterada e o nosso ordenamento jurídico passa a prever modalidades empregatícias estratificadas.

[...] em apertada síntese, após o intervalo de cerca de sete meses, mais de uma centena de mudanças foram promovidas em nosso sistema justralhista. E, em face disso, a doutrina neoliberal enalteceu a reforma trabalhista como meio capaz de garantir a empregabilidade e gerar segurança jurídica.

2. DA REFORMA TRABALHISTA

Como visto acima, a situação socioeconômica nacional – provocada pelo agravamento da crise econômica de 2015 – propiciou que ocorresse a reforma da direitos justralhistas. Além do mais, a questão econômica foi utilizada como subterfúgio para que houvesse um rápido processo legislativo de tramitação urgente, que deram origem às Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017.

Sob enfoque do processo legislativo da Lei nº 13.467/2017 (que foi responsável por uma reforma mais abrangente da legislação trabalhista), cabe ressaltar que ela teve início com o envio do projeto de lei nº 6.787/16 pelo governo Temer, em dezembro de 2016. Originalmente, continha a proposta de alterar apenas dez pontos acordados entre confederações patronais e centrais sindicais.

Ainda na Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi ampliado para cerca de 100 alterações da legislação trabalhista, com a aprovação por 296 votos (enquanto 177 deputados federais votaram contra). Já no Senado Federal, foi nomeado como o PLC nº 38/17, o qual foi aprovado por 50 votos a favor e 26 contra sem qualquer alteração do texto encaminhado da Câmara dos Deputados. E, por fim, o Presidente Michel Temer sancionou a Lei nº 13.467/2017 sem qualquer veto, em 13 de julho de 2017¹.

Ou seja, em apertada síntese, após o intervalo de cerca de sete meses, mais de uma centena de mudanças foram promovidas em nosso sistema justralhista. E, em face disso, a doutrina neoliberal enalteceu a reforma trabalhista como meio capaz de garantir a empregabilidade e gerar segurança jurídica.

Sob essa linha de pensamento, ainda se argumentou que a reforma trabalhista no Brasil estaria consoante o contexto de mudanças nas legislações trabalhistas europeias promovidas desde a primeira década do século XXI. Nesse toada, arguiu-se que tais reformas têm como traço em comum a *flexisecurity*²⁻³.

¹ MARTINS FILHO, 2017, p. 59.

² *Flexisecurity* significa promoção da desregulamentação da relação de trabalho para prestigiar a negociação coletiva e, ao mesmo tempo, adoção de medidas de flexibilização da legislação, no intuito de prevalecer a vontade das partes, para que a proteção e segurança não dependa da rigidez da legislação.

³ MARTINS FILHO, 2017, p. 55.

Cabe destacar que após um ano da vigência da reforma trabalhista no Brasil, os resultados esperados pelo discurso neoliberal não corresponderam à realidade.

Em suma, trata-se de discurso afirmando que a redução de direitos trabalhistas é a solução dos males da crise econômica brasileira. Mas, tal discurso não pode prevalecer. Primeiro, cabe apontar que a legislação trabalhista não é capaz de modificar a realidade do mercado de trabalho por si só. Segundo, é notória a contradição entre o discurso neoliberal de modernização das normas trabalhistas e a realidade posta pela reforma trabalhista brasileira, pois, na verdade, flexibilizou-se conquistas trabalhistas com fórmulas mirabolantes já testados (sem sucesso) em outros países⁴.

Assim, deve-se perceber, assim como leciona Cláudia Viegas, que:

No âmbito jurídico, a reforma trabalhista tem dividido opiniões, alguns defendem que a Lei já nasce velha, em razão da falta de diálogo social necessário; outros afirmam que, apesar de ter como fundamento a modernização, o diploma legal utiliza fórmulas mirabolantes de flexibilizações trabalhistas já experimentadas em alguns países da Europa, contudo, não tiveram bons resultados; outros vão além, e apontam inconstitucionalidades e retrocesso nas conquistas trabalhistas⁵.

Por fim, cabe destacar que após um ano da vigência da reforma trabalhista no Brasil, os resultados esperados pelo discurso neoliberal não corresponderam à realidade. Pelo contrário, constatou-se apenas os efeitos deletérios da reforma trabalhista, pois houve a redução da remuneração dos empregados; a queda de contratos de trabalhos típicos e aumento das contratações estratificadas; aumento da informalidade; o fechamento de sindicatos pela baixa arrecadação sindical (-86%); a redução do número de normas coletivas; a diminuição do número de reclamações trabalhistas (-36%); baixa adesão à demissão por acordo⁶.

3. DAS MODALIDADES EMPREGATÍCIAS ESTRATIFICADAS

Na atualidade, a ascensão do capitalismo financeiro e as transformações da realidade do mercado de trabalho (globalização, toyotismo e Revolução Industrial 4.0) deram margem para que o pensamento sob forte viés econômico se tornasse hegemônico. Em meio a esse cenário, a relação de trabalho – muito embora seja atividade fundamental na constituição de relações sociais – passa a ser questionada.

⁴ SANTOS, 2017, p. 249.

⁵ VIEGAS, 2017, p. 74.

⁶ Notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

Nesse processo, ocorre a alteração da identidade dos trabalhadores como um grupo social, a ponto de reconfigurar as formas de trabalho. Sob tal lógica, surge uma doutrina voltada à erosão da relação de emprego típica. Ou seja, passa a questionar a relação empregatícia estabelecida em um contrato de trabalho por tempo indeterminado sob a organização e direção de um único empregador bem definido.

E, seguindo esse movimento, a reforma trabalhista brasileira incorporou ao nosso ordenamento jurídico várias relações laborais atípicas. Neste sentido, Rosilene Nascimento destaca que:

A Lei 13.467/2017, que traduziu no Brasil o que se chamou de reforma trabalhista, veio na esteira do movimento, sedutoramente denominado de flexibilização das relações de trabalho, movimento esse que tem privilegiado relações laborais atípicas, através da inserção no ordenamento jurídico de formas de emprego plásticas, que se amoldam aos interesses puramente econômicos, os mais diversos⁷.

Portanto, o que se pode perceber é que a Lei nº 13.467/2017 almeja inverter a lógica do Direito do Trabalho, de modo a relativizar a proteção do trabalhador através da normatização de “novas” formas de trabalho e da legitimação de antigas fraudes trabalhistas⁸. Nesse diapasão, Coutinho defende que:

Continuará sendo o marco regulatório do capitalismo, um Direito Capitalista do Trabalho que nasceu da Revolução Industrial como pauta de modernização das condições de vida, resultado de lutas e resistência. Mas, agora, introduz um novo sistema, pois substitui o mito de fundação, de tutela e proteção do trabalhador hipossuficiente para a autonomia negocial privada individual e coletiva. Rechaça e realoca o Estado, abandonando o Bem-estar para acolher o Mínimo, agasalhando a ideologia neoliberal e abstraindo a necessidade de intervenção estatal no mercado, na economia. Substitui o projeto de uma sociedade salarial, isto é, uma universalização do assalariamento regulamentado como padrão para a economia por uma sociedade de trabalho fragmentado e precário, cuja perspectiva de renda pode ser substituída assistencialista⁹.

Assim, podemos falar que a erosão da relação de emprego típica chega ao ponto de agora podermos falar que a Reforma Trabalhista causou a “estratificação” da relação típica de trabalho. Inclusive, trata-se de termo que foi primeiro abordado por Mauricio Delgado e Gabriela Delgado como um fenômeno específico do trabalhador hipersuficiente, conforme o trecho a seguir:

Conforme se percebe, a Lei da Reforma Trabalhista cria segmento estratificado no universo dos empregados das instituições e empresas empregadoras, a partir de dois dados fáticos que destaca: o fato de ser o empregado portador de diploma de nível superior; o fato de esse empregado perceber salário mensal igual ou maior do que duas vezes o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social¹⁰.

⁷ NASCIMENTO, 2017, p. 278.

⁸ ROCHA, C. J., 2018, p. 51.

⁹ COUTINHO, 2017, p. 119.

¹⁰ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 171.

Entretanto, aproveitando tal conceito, entendemos que, na verdade, esse processo de estratificação é um fenômeno mais amplo que o instituto do trabalhador hipersuficiente. A nosso ver, faz-se necessário levarmos em consideração como parâmetro a relação de emprego tipicamente concebida pelas normas constitucionais e celetistas (prévias às Leis nº 13.429 e 13.467/2017).

Ou seja, com base no contrato de trabalho por prazo indeterminado, subordinado diretamente ao tomador de serviços, prestado dentro da sede da empresa, com direito à jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 horas semanais, pode-se dizer que o legislador reformador inseriu modalidades de contrato de emprego atípicas, ou melhor dizendo, estratificadas.

Nesse diapasão, identificamos como modalidades de estratificação da relação de emprego brasileira adotadas pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017: o empregado intermitente, o teletrabalhador, o hipersuficiente, o terceirizado na atividade-fim e o trabalho autônomo (combinado com o efeito da “pejotização”). Entretanto, optamos focar na figura do trabalhador intermitente para este trabalho científico.

4. DO INTERMITENTE

O legislador reformador inseriu a figura do empregado intermitente como uma modalidade de relação de emprego atípica sob a suposta argumentação que se trata de alternativa para superação dos efeitos da crise econômica e das altas taxas de desemprego.

Nessa toada, o parágrafo 3º do artigo 443 da CLT estabelece que o contrato de trabalho intermitente é caracterizado pela alternância entre períodos de prestação de serviço e outros de inatividade, que não são considerados como tempo à disposição.

Logo, percebe-se que a própria norma deixa claro que a atividade do trabalho intermitente só é compatível com empresas que possuam demandas variáveis. Isto significa que só pode ser utilizado nas empresas que exercem atividades sazonais e não permanentes. Por conseguinte, utilizar empregado intermitente em empresa de fluxo permanente é o mesmo que tentar colocar uma bola em um quadrado: não encaixa e vai sobrar espaço.

Como se pode notar, segundo as lições de Francisco Oliveira, “o legislador se preocupou em conceituar o que seria trabalho intermitente

Diante dessa falta de precisão sobre o que seria “tempo de inatividade”, cabe esclarecer que existem várias correntes sobre a pré-existência da figura do intermitente no Brasil.

(...) não se preocupou em dizer como seriam considerados os intervalos da intermitência”¹¹. Completando o raciocínio, Patrícia Maeda aponta que o legislador se atentou a definir essa forma de contratação atípica, excepcional ao contrato de trabalho por tempo indeterminado com jornada fixa integral de oito horas diárias e 44 semanais, porém o reformador não previu qualquer limitação ao seu uso¹². Já Iuri Pinheiro ressalta que a legislação não previu qualquer requisito autorizativo por meio de norma coletiva¹³. E Sergio Queiroz sintetiza a omissão legislativa dizendo que:

(...) com permissividade legal para ser utilizado em toda e qualquer atividade econômica, sem freios ou limites (qualitativos e quantitativos), o modelo brasileiro de contrato de trabalho intermitente tem representativo potencial precarizante (...) Não há garantia de carga horária mínima para o trabalhador, e, portanto, nenhuma previsibilidade quanto ao ganho salarial, assim como não há limitações de natureza temporal ou de qualquer outra ordem para a sua utilização¹⁴.

Diante dessa falta de precisão sobre o que seria “tempo de inatividade”, cabe esclarecer que existem várias correntes sobre a pré-existência da figura do intermitente no Brasil. Nesse sentido, cabe mencionar que parte dos autores defende que a figura do intermitente seria uma prática precarizante ao incorporar o “contrato de zero horas”¹⁵ ao ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, tal corrente de pensamento levou em conta a experiência europeia, na qual houve o aumento da pobreza dos empregados contratados sob essa modalidade empregatícia estratificada, principalmente nos momentos de crise econômica.

É válido mencionar uma segunda linha de pensamento, a qual se destaca a posição de Cláudia Viegas. Essa doutrinadora entende que, na verdade, o trabalho intermitente seria a incorporação do modelo toyotista do *just in time*. Afinal, tal figura cria a possibilidade de contratação de mão de obra por demanda, ao mesmo tempo em que reduz os custos de produção e sobra de investimento¹⁶. Mas, neste cenário “o próprio trabalhador é inserido no conceito de recurso produtivo, em um cenário de despersonalização e reificação do ser humano”¹⁷. Nessa toada, Viegas constata que se trata de uma

¹¹ OLIVEIRA, 2018, p. 49.

¹² MAEDA, 2017, p. 226.

¹³ PINHEIRO, 2018, p. 113.

¹⁴ QUEIROZ, 2018, p. 94.

¹⁵ Ver mais em: MAEDA, 2017.

¹⁶ VIEGAS, 2017, p. 83.

¹⁷ NASCIMENTO, 2017, p. 287.

prática com vantagens para o empregador, enquanto o empregado se prejudica, de modo que:

Sob a perspectiva do empregador, são inegáveis as vantagens desse tipo de contratação, sobretudo porque evita a mão de obra ociosa, circunstâncias que podem se dar por fatores triviais como casos fortuitos e eventos de natureza, por exemplo, um período chuvoso para um restaurante à beira mar, uma máquina parada para manutenção etc.

A partir da ótica do empregado, no entanto, a realidade se mostra extremamente negativa e prejudicial. Primeiro, observa-se que o novo art. 452-A da CLT não garante uma obrigatoriedade ou periodicidade mínima de convocações, evidenciando a imprevisibilidade absoluta do trabalho e da fonte de renda, fatores que prejudicarão as condições de vida do trabalhador, que não poderá programar a sua rotina, sendo praticamente impossível compatibilizar com outro emprego, estudos e obrigações familiares. Frise-se que o empregador poderá convocar com até três dias de antecedência e, somente nessa ocasião, o trabalhador terá noção da sua jornada de trabalho¹⁸.

Há ainda uma terceira vertente de quem defenda que o trabalho intermitente já existia, porém quedava na informalidade. E, assim, a Reforma Trabalhista seria mais benéfica para os intermitentes, ao assegurar a proteção das normas celetistas¹⁹. Inclusive, Camilla Rocha, filiando-se a essa corrente doutrinária, ressalta que antes da Reforma Trabalhista brasileira, o empregador utilizava-se de artifícios ilegais para contratar autônomos para laborarem em jornadas variáveis. Assim, a partir da Lei nº 13.467/2017 o empregador esquivava-se da fraude trabalhista ao institucionalizar o “bico”²⁰.

Inclusive, nas lições de Sergio Queiroz, ele menciona que a parcela dessa terceira doutrina defende a contratação do trabalho intermitente como uma alternativa adequada sob o argumento que seria uma forma de impedir despedimentos de empregados. Sob tal lógica, sustenta-se a vantagem do trabalho intermitente porque a empresa – sujeita à demanda descontínua e instável – não teria como continuar pagando salários integrais aos seus funcionários²¹.

Ainda na visão da terceira corrente doutrinária, Deusmar Rodrigues *et al* sustentam que a figura do trabalhador intermitente seria compatível com a Constituição Federal de 1988, pois não haveria qualquer disposição normativa que assegurasse uma jornada de trabalho mínima. Assim, o autor aduz que:

Em análise, a discussão de afronta à Constituição verifica-se que não existe violação ao artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal, pois nem Carta Magna nem a legislação infraconstitucional preveem jornada de trabalho mínima. Também não

¹⁸ VIEGAS, 2017, p. 85.

¹⁹ VIEGAS, 2017, p. 74.

²⁰ ROCHA, C. H. M., 2017, p. 90.

²¹ QUEIROZ, 2018, p. 88.

há previsão de que a jornada deva ser necessariamente invariável, ao contrário, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 142, parágrafo 1º, prevê esse tipo de atividade quando aponta o trabalho pago por hora e em jornadas variáveis²².

Todavia, entendemos que o raciocínio dessa última vertente doutrinária (a favor do trabalho intermitente) não coaduna com a lógica dos valores basilares do Direito do Trabalho. Representa ofensa ao princípio tuitivo, que rege o sistema justralhista, “na medida em que representa completa ruptura com o modelo de contrato laboral consagrado aqui, impondo uma releitura da concepção de jornada de trabalho, assim como da estreita relação entre jornada de trabalho e salário”²³.

Em verdade, com fulcro nos ensinamentos de Camilla Rocha, cabe ressaltar que a proteção da pessoa do trabalhador e de sua vida digna são postos em xeque, uma vez que o prazo exíguo previsto na lei, tanto para convocar quanto para responder inviabilizam o planejamento da vida pessoal e profissional do trabalhador²⁴.

Além do mais, é válido destacar que, no tocante à formalização do trabalho informal (“bico”), existe a possibilidade de ocorrer o efeito reverso, ou seja, transformar contratos de emprego típicos em contratos intermitentes²⁵⁻²⁶, um verdadeiro retrocesso social, jurídico e político.

Em outras palavras, assim como Mauricio Delgado e Gabriela Delgado defendem, o contrato de trabalho intermitente busca modificar dois aspectos da própria lógica dos direitos e garantias justralhistas: duração do trabalho e salário. No primeiro caso, a Lei nº 13.467/2017 teria trazido um novo conceito de tempo à disposição do empregador sem efeito jurídico. Já quanto ao salário, o legislador teria criado uma nova forma de salário variável (além daqueles por unidade de tempo, por unidade de obra ou salário-tarefa) a depender se e quando o trabalhador for convocado – medida que gera insegurança pessoal, profissional e jurídica para o empregado²⁷.

²² RODRIGUES et al, 2017, p. 157.

²³ QUEIROZ, 2018, p. 87.

²⁴ ROCHA, C. H. M., 2017, p. 92.

²⁵ NASCIMENTO, 2017, p. 287.

²⁶ Oportuno destacar as opiniões de Luri Pinheiro no sentido de que não seria possível a conversão do contrato de trabalho por prazo indeterminado em intermitente por violação ao princípio da boa-fé objetiva, além da lealdade e direito de informação (PINHEIRO, 2018, p. 112).

²⁷ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 162-163.

[...] é válido destacar que, no tocante à formalização do trabalho informal (“bico”), existe a possibilidade de ocorrer o efeito reverso, ou seja, transformar contratos de emprego típicos em contratos intermitentes-, um verdadeiro retrocesso social, jurídico e político.

Nesse sentido, é válido destacar a posição de Luciane Barzotto, a qual aduz que o fato de o trabalhador intermitente estar sujeito à quebra do tempo nos períodos de inatividade acaba por aproximá-lo mais do prestador de serviço com autonomia (e, por conseguinte, afastaria os elementos fático-jurídicos típicos de uma relação de emprego). O problema é que permanece a subordinação, sem que haja contrapartida ou responsabilidade do tomador²⁸.

De toda forma, é válido destacar outros efeitos do labor intermitente sobre a pessoa do empregado. Neste sentido, com fulcro na doutrina de Rosilene Nascimento, cabe ressaltar que o tempo de inatividade do trabalhador intermitente, na prática, não torna possível o empregado gozar de completa liberdade, já que não sabe quando irá ser convocado. O obreiro encontra-se em constante estado de sobreaviso, podendo ser chamado a qualquer momento, de modo que a sua subordinação estaria além do tempo de prestação de serviços, invadindo seu tempo de descanso e a sua vida privada²⁹.

Corroborando com tal raciocínio, valemo-nos da doutrina de Juliana Cruz para defender que a incorporação da figura do trabalho intermitente como uma relação empregatícia gera antinomia no próprio texto da CLT.

Note-se que tal instituto é incompatível com os requisitos da relação de emprego e os conceitos de empregado e empregador (arts. 2º e 3º da CLT). Nesse sentido, até a Lei nº 13.467/2017, o trabalhador era visto como um eventual (caso não houvesse previsão de continuidade/não eventualidade dos serviços) ou empregado, tendo em vista a habitualidade, a primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego e da norma mais favorável³⁰.

Ademais, cabe destacar que o trabalhador intermitente apenas percebe remuneração pelas horas trabalhadas é um traço marcante da transferência do risco do negócio para o obreiro. Afinal, gera “o ônus de empreender, o que definitivamente não é cabível na hipótese de relação de emprego”³¹.

²⁸ BARZOTTO, 2017, p. 143.

²⁹ NASCIMENTO, 2017, p. 283-284.

³⁰ CRUZ, 2017, p. 151-152.

³¹ CRUZ, 2017, p. 152.

Isto é, deve-se ter em mente que essa estratificação da relação de trabalho típica provocada pela figura do trabalho intermitente possui diversos pontos críticos, os quais Bruno Hazan sintetiza como:

- a) A concepção de um contrato de trabalho cuja característica central seja a intermitência parece abalar a lógica estrutural da relação de emprego, alicerçada na não-eventualidade (conforme disposto no artigo 3º da CLT, que não foi alterado). Nestes termos, a manutenção de uma estrutura justralhista com conceitos tão incompatíveis (não eventual vs intermitente) não configuraria apenas uma contradição ontológica, mas permitiria, por exemplo, vincular à relação de emprego todos os trabalhadores eventuais que possuam subordinação.
- b) Permitir que o labor seja desenvolvido sob demanda parece desvirtuar a própria concepção, inerente à figura do empregador, de alteridade, transferindo ao empregado parte dos riscos da relação empregatícia, uma vez que sua disponibilidade ficará a mercê do controle logístico empresarial.
- c) A regulamentação do trabalho intermitente possibilitará a propagação de uma estatística míope em relação à empregabilidade brasileira. Isso porque, apesar de enquadrado formalmente como “empregado”, ou seja, fora da “informalidade”, o empregado intermitente continuará sendo, em sua essência, um prestador de serviços autônomo, pois não perderá sua instabilidade salarial, já que seu labor (assim como o do trabalhador que faz “bicos”) dependerá sempre da demanda empresarial³².

É oportuno ainda apontar que a omissão do legislador – ao tratar de forma genérica sobre a figura do intermitente – provocou outros efeitos deletérios, a exemplo da representação coletiva. Pois, se de uma banda, formalmente não haja dúvida qual o sindicato o trabalhador intermitente deva se enquadrar, já que o sistema sindical brasileiro fixa a representação em função da atividade desempenhada pelo empregador. De outro lado, a possibilidade de não prestar serviços ou executar a vários empregadores reduz a solidariedade no trabalho e enfraquece a mobilização dos trabalhadores (embora a Reforma Trabalhista preze pelo “negociado sobre o legislado”)³³.

Diante de situações como as citadas acima, para os fins da Reforma Trabalhista, o intermitente deve ser visto como um empregado, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT, mesmo que seja contraditória a questão do tempo de inatividade e subordinação. Mas para a superação da interpretação literal e isolada da norma, deve-se, portanto, interpretá-la a favor de condições decentes de trabalho para essa modalidade empregatícia estratificada. Para isso cabe demonstrar os efeitos deletérios do tempo de inatividade gera sobre o trabalhador e como isso prejudica sua socialização, reconhecimento, pertencimento e até mesmo o autoconhecimento.

³² HAZAN, 2018, p. 58.

³³ NASCIMENTO, 2017, p. 289-290.

Nessa toada, é válido mencionar entendimentos, como o encontrado na doutrina de Gleibe Pretti, que defendem soluções mitigadoras desses efeitos ao estabelecer que a não convocação do trabalhador intermitente por mais de um ano, a contar da última convocação, gera a rescisão de pleno direito do contrato de trabalho³⁴.

Outra proposta de superação desses efeitos precarizantes do contrato de trabalho intermitente é feita por Mauricio Delgado e Gabriela Delgado. Eles sustentam que, independentemente de se tratar de nova forma de salário variável, deve ser garantido o salário mínimo legal mensalmente, independentemente de ter ocorrido convocação ou não.

Os autores acima citados alegam que o art. 7º, VII, da Constituição Federal de 1988 (CF) e o art. 78 da CLT preveem necessidades básicas, as quais devem ser asseguradas para subsistência do empregado, independente da variação das convocações do trabalhador intermitente. Para eles, agir de forma contrária acarretaria efeito devastador sobre o valor-trabalho na economia e na sociedade, gerando uma tendência de precarização³⁵. E no mesmo sentido temos o enunciado aglutinado nº 5 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)³⁶.

Sob a mesma lógica, Camilla Rocha complementa o raciocínio de Mauricio Delgado e Gabriela Delgado. A autora afirma que a interpretação da remuneração do trabalhador intermitente deve seguir a lógica do art. 78 da CLT. E tal norma deixa certo que os empregados comissionistas ou que tem direito a percentagem também fazem jus ao salário mínimo mensal caso não atinjam as comissões do mês, sendo vedado qualquer desconto no mês subsequente a título de compensação³⁷. Ela ressalta que deixar de assegurar o salário mínimo mensal consistiria em ofensa aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais também afiançam

³⁴ PRETTI, 2018, p. 24.

³⁵ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 164-165.

³⁶ Enunciado aglutinado nº 5 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO*. A proteção jurídica do salário mínimo, consagrada no art. 7º, VII, da Constituição da República, alcança os trabalhadores em regime de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, § 3º e 452-A da CLT, aos quais é também assegurado o direito à retribuição mínima mensal, independentemente da quantidade de dias em que for convocado para trabalhar, respeitado o salário mínimo profissional, o salário normativo, o salário convencional ou o piso regional.

³⁷ ROCHA, C. H. M., 2017, p. 94.

Cabe ressaltar ainda que, embora não haja previsão expressa na lei, a convocação do trabalhador intermitente não pode ocorrer como forma de substituição de outros empregados durante o período de greve, sob pena de frustrar o exercício desse direito fundamental. O mesmo raciocínio vale para a contratação após dispensa em massa.

remuneração e existência digna – a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXIII, “3”) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º, “a”, II)³⁸.

Após uma análise dos efeitos genéricos do instituto do trabalho intermitente e sua compatibilidade (ou não) com o nosso sistema just-trabalhista, cabe realizar um estudo das disposições normativas que regem essa modalidade contratual atípica. Destaca-se a necessidade de analisar os parágrafos do artigo 452-A da CLT, que geram celeuma jurídica; bem como demonstrar como tais dispositivos tornam o trabalho intermitente, de fato, uma modalidade de estratificação da típica relação de trabalho por prazo indeterminado.

O primeiro ponto a ser destacado é a necessidade de formalização do contrato de trabalho intermitente, conforme o *caput* do art. 452-A da CLT determina. Como visto anteriormente, é válido ressaltar que, independentemente da celeuma sobre a admissibilidade do instituto, a relação de emprego do intermitente é uma forma atípica de contratação de um empregado, fugindo da regra do contrato de trabalho típico.

Assim, entendemos que o legislador deixou certo que se faz necessário celebrar contrato por escrito, como requisito de validade, sob pena de considerado como contrato típico (em tempo integral). Logo, não se admite contrato tácito nem verbal nessa modalidade, não sendo possível alegar o princípio da primazia da realidade³⁹.

Cabe ressaltar ainda que, embora não haja previsão expressa na lei, a convocação do trabalhador intermitente não pode ocorrer como forma de substituição de outros empregados durante o período de greve, sob pena de frustrar o exercício desse direito fundamental. O mesmo raciocínio vale para a contratação após dispensa em massa⁴⁰.

Quanto à forma da convocação e da resposta do empregado, Deusmar Rodrigues *et al* defendem que o art. 452-A, §2º da CLT deixou obscuro como o aceite/recusa deve ser realizado. Assim, o empregado, por ser hipossuficiente, deverá comparecer à empresa para realizar o aceite, sob o risco de presumir sua recusa⁴¹.

³⁸ ROCHA, C. H. M., 2017, p. 96.

³⁹ QUEIROZ, 2018, p. 90.

⁴⁰ ROCHA, C. H. M., 2017, p. 96.

⁴¹ RODRIGUES, *et al*, 2017, p. 164.

Em uma posição intermediária, cabe destacar a visão Luciane Barzotto destaca que a convocação pode se realizar “por qualquer meio de comunicação (aviso, Internet via site empresarial, redes sociais, telefone, WhatsApp, e-mail, Messenger, Facebook), desde que o interessado faça uso desses meios”⁴².

Todavia, entendemos, assim como previsto na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA, que deve haver uma fixação expressa dos períodos de prestação de serviço⁴³. Logo, seria interessante que o contrato estabelecesse de forma precisa quais seriam as formas de comunicação aceitas, por questão de boa-fé contratual.

Já no tocante à recusa de oferta de trabalho, o parágrafo 3º do art. 452-A da CLT deixa certo que a falta de aceitação não descaracteriza a subordinação. Note-se, como bem apontado por Luciane Barzotto, que não existe uma limitação, prevista em lei, de quantas vezes o trabalhador intermitente pode recusar as chamadas, nem o mínimo de convocações, o que leva a concluir que, a princípio, a retributividade do contrato de trabalho estaria rompida⁴⁴.

Ou seja, como a autora supra mencionada destacou, essa possibilidade demonstra que, no caso do trabalhador intermitente, a noção de subordinação clássica de “seguir ordens” cede espaço para aquela de integração e estrutura da atividade econômica, diante da dependência jurídica e econômica. Há, portanto, uma nova percepção de subordinação: a “subordinação-expectativa de realização de trabalho”⁴⁵.

Outro ponto que deve ser analisado é a questão da multa por falta injustificada, previsto no parágrafo 4º do artigo em análise. Assim, caso o intermitente aceite a convocação e não houver o cumprimento sem justo motivo, a norma em questão estabelece que acarretará no pagamento de multa de 50% da remuneração devida no prazo de trinta dias ou compensado em igual prazo.

⁴² BARZOTTO, 2017, p. 141.

⁴³ Enunciado nº 2 da Comissão 6 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. CARGA HORÁRIA*. Como o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, do instrumento contratual deverão constar os períodos de prestação de serviços ou a estimativa de serviços a executar, a respeito dos quais se obriga o empregador.

⁴⁴ BARZOTTO, 2017, p. 141.

⁴⁵ BARZOTTO, 2017, p. 141.

Vólia Cassar sustenta que a redação da norma não é clara, já que não especifica qual a base de cálculo da multa; pois não se sabe qual critério deve ser levando em conta (todo o período convocado ou o valor da hora ou do dia). Diante de tal empasse, entendemos como a jurista acima; isto é, por questões de proporcionalidade e razoabilidade, deve incidir apenas sobre um dia de trabalho⁴⁶.

Outrossim, vale ressaltar que, no tocante a falta de clareza da multa por descumprimento de convocação, não há normatização sobre quem está sujeito à aplicação da sanção. Entendemos, do mesmo modo que no enunciado nº 5 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA⁴⁷, que a cobrança da multa do empregado intermitente configura ofensa à isonomia em relação aos demais empregados; como transferência do risco do negócio (e, assim, ofensa à função social da propriedade, valor social do trabalho e proteção do trabalhador).

Ademais, com Rosilene Nascimento⁴⁸ ressalta, deve-se prezar pelo afastamento de tal multa, pois, na hipótese de não ocorrer a compensação da falta injustificada, ela pode ensejar o endividamento do empregado intermitente para com o seu empregador, já que os valores devidos poderem ser deduzidos da remuneração a ser paga pelo efetivo trabalho prestado. Situação agravada diante do fato que não existe definição precisa do que seria considerado “justo motivo”. De tal sorte, entendemos que essa insegurança jurídica dá margem à servidão por dívida (*truck system*) e à condição análoga à de escravo.

É oportuno destacar a visão de Iuri Pinheiro, a qual fazemos coro. Para ele, a multa pode ser aplicada também em desfavor do empregador, caso o intermitente aceite e não haja o cumprimento por conta do empregador. Para ele, a falta de disposição clara e expressa no texto da lei não é capaz de ilidir a “lógica do razoável”. Não se pode admitir que o empregador possa descumprir o contrato

⁴⁶ CASSAR; BORGES, 2017, p. 46.

⁴⁷ Enunciado no 5 da Comissão 6 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. SALÁRIO MÍNIMO E PISO PROFISSIONAL. MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE*. A multa prevista no art. 452-A, § 4o, da CLT, imposta ao trabalhador que descumprir convocação anteriormente atendida, não é compatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho, da isonomia, da proteção do trabalhador e da função social da empresa.

⁴⁸ NASCIMENTO, 2017, p. 284.

sem nenhuma consequência se a lei fornece um prazo entre a convocação e o cumprimento⁴⁹.

Ademais, o jurista argumenta que se o empregado com contrato por prazo indeterminado, que tem maior proteção, faz jus à indenização do art. 477 da CLT; não faria sentido o intermitente, que se encontra em situação de maior fragilidade, não ter direito ao pagamento da multa do art. 452-A, §4º da CLT⁵⁰.

No que se refere à não exigência de exclusividade previsto no parágrafo 5º do art. 452-A da Consolidação, Juliana Miglioranzi e Raíra Habermann defendem que:

(...) deduz-se que, o empregado ficará limitado a buscar outro emprego, visto que tem que estar a disposição de seu empregador ao tempo de sua solicitação, e também penalizado caso deixar de atender ao chamado, pois o artigo acima deixa bem explícito na expressão 'a parte que sem justo motivo descumprir', ora o que é um justo motivo para um, pode não ser para outro, o que torna subjetiva a caracterização do 'justo motivo'⁵¹.

Já Luciane Barzotto ressalta que a variabilidade da jornada de trabalho a diversos tomadores pode ensejar momentos de excessiva carga de trabalho; alternados com intervalos sem labor, nem remuneração para garantir a subsistência. Assim, a autora aponta que esses dois cenários extremos podem dar causa a um dano existencial, seja pelo excesso ou pela inexistência de jornada⁵². E, assim, a autora conclui que:

O contrato de trabalho intermitente é um retrocesso na luta histórica da redução de jornada, uma vez que desestrutura a regulação da dimensão temporal do contrato de trabalho. Na verdade, a adoção à brasileira do contrato de trabalho intermitente gera até dúvidas que seja um contrato, dada sua unilateralidade e ausência de reciprocidade⁵³.

Ademais, sob o mesmo raciocínio, Rosilene Nascimento destaca que o fato de o trabalhador intermitente ter que ficar em constante situação de disponibilidade pode causar uma doença mental. Inclusive, a autora menciona que no Reino Unido, a saúde mental dos intermitentes é pior que a dos desempregados⁵⁴.

Diante da possibilidade de cenários extremos e danos psicossociais e existenciais, entendemos, no intuito de diminuir os efeitos deletérios sobre a subjetividade do empregado intermitente, que deve ser

⁴⁹ PINHEIRO, 2018, p. 115.

⁵⁰ PINHEIRO, 2018, p. 115.

⁵¹ MIGLIORANZI; HABERMANN, 2017, p. 95.

⁵² BARZOTTO, 2017, p. 144.

⁵³ BARZOTTO, 2017, p. 146.

⁵⁴ NASCIMENTO, 2017, p. 288.

seguido os parâmetros estabelecidos nos enunciados nº 755 e 956 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA. Isto é, independentemente do empregado intermitente estar laborando dentro ou fora da empresa ou aguardando ordens, todas essas hipóteses devem ser consideradas como tempo à disposição.

É oportuno destacar ainda que surgem diversos problemas ao se combinar a não exclusividade com o fato do período de inatividade não significar tempo à disposição. Pois, na prática, ocorrem períodos de limbo entre vários vínculos de emprego, sem que haja uma resposta jurídica para situações da sua compatibilidade como, por exemplo, o contrato de experiência ou as garantias de emprego da gestante ou acidentária⁵⁷. Nesta última hipótese, Juliana Cruz aduz que:

Há de se registrar, ademais, a enorme probabilidade de aumento dos índices de acidente de trabalho, porque a não fixação do trabalhador ao empreendimento, a ausência de conhecimento do local de trabalho e dos múltiplos riscos da atividade desenvolvida, assim como a condição psíquica do trabalhador ao desenvolver a atividade contratada com tamanha instabilidade, indiscutivelmente lhe colocam em situação de maior vulnerabilidade⁵⁸.

Por isso, entendemos que o empregado intermitente, por não se encontrar necessariamente na dinâmica cotidiana da empresa, não pode exercer atividades de risco acidentário. No mesmo sentido temos o enunciado nº 6 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA⁵⁹.

Outra celeuma jurídica que cabe ser mencionada decorre do parágrafo 6º do art. 452-A da Consolidação. Tal norma estabelece que ao

⁵⁵ Enunciado nº 7 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. PERMANÊNCIA DO TRABALHADOR DENTRO OU FORA DO ESTABELECIMENTO DO EMPREGADOR POR CONVENIÊNCIA DESTE ÚLTIMO. CÔMPUTO COMO TEMPO DE SERVIÇO*. No contrato de trabalho intermitente, a teor do artigo 452-A. § 5º, da CLT, os períodos em que o trabalhador permanecer dentro ou fora do estabelecimento do empregador para atender a interesses, conveniências ou no aguardo de instruções deste último serão computados como horas ou frações efetivamente trabalhadas.

⁵⁶ Enunciado nº 9 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *DIA E HORA INCERTOS PARA LABOR E RISCO EXCLUSIVO DO EMPREGADOR. TEMPO À DISPOSIÇÃO É DE EFETIVO SERVIÇO*. No contrato de trabalho intermitente, o período sem convocação pelo empregador é de tempo à sua disposição e deve ser remunerado como de efetivo serviço. Ônus das variações de demanda do empreendimento são exclusivos do empregador.

⁵⁷ NASCIMENTO, 2017, p. 288.

⁵⁸ CRUZ, 2017, p. 153.

⁵⁹ Enunciado nº 7 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. RISCO PARA TERCEIROS*. O trabalho intermitente não poderá ser exercido em atividades que possam colocar em risco a vida, a saúde e a segurança dos próprios trabalhadores e/ou de terceiros.

final de cada período de prestação de serviço o intermitente receberá o pagamento imediato da remuneração, do décimo terceiro salário proporcional, do repouso semanal remunerado, dos adicionais legais e das férias proporcionais com acréscimo de um terço.

Nessa toada, corroborando com a posição de Patrícia Maeda, sustentamos que esse pagamento parcelado de verbas salariais a cada convocação é uma medida contrária ao caráter forfetário da remuneração, ignorando sua essencialidade para o planejamento a longo prazo. Trata-se, portanto, de uma via indireta voltada a esvaziar a finalidade social do salário como meio de subsistência e desenvolvimento social previsto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, pois no final nada restaria a receber⁶⁰.

Consoante com Camilla Rocha, defendemos que essa forma de pagamento fracionado desnatura a finalidade do direito. A título exemplificativo, no caso das férias, passa-se a exigir que o trabalhador possua organização financeira (mesmo não podendo prever acerca da quantidade de horas que irá trabalhar novamente e, por conseguinte, qual será sua renda futura) para ao final do período aquisitivo tenha renda suficiente para gozar das férias. Porém, como a autora ressalta, na prática, se o intermitente não tiver essa organização mínima, o empregado irá buscar prestar serviços a outros empregadores no período reservado ao gozo das férias e, por conseguinte, acarretará o esvaziamento da finalidade do descanso anual⁶¹.

Ainda tratando sobre as férias do empregado intermitente, cabe pontuar que os períodos aquisitivo e o gozo de férias, da formam como estão previstos no art. 452-A, § 9º da CLT, também geram dúvidas na doutrina. Nesse sentido, para Rosilene Nascimento, o texto legal provoca confusão, pois a indenização prévia das férias acarretam a mais um período sem prestação de serviço e sem remuneração, que, por sua vez, assemelha-se com o próprio período de inatividade⁶².

No intuito de solucionar essa confusão, é oportuno destacar a solução proposta por Georgenor Franco Filho. Ele, ao interpretar de forma teleológica os §§ 6º e 9º do art. 452-A da CLT, conclui que o

⁶⁰ MAEDA, 2017, p. 228.

⁶¹ ROCHA, C. H. M., 2017, p. 94.

⁶² NASCIMENTO, 2017, p. 285-286.

trabalhador intermitente tem direito a duas espécies de férias. As primeiras seriam as férias proporcionais indenizadas a cada prestação de serviço. As segundas seriam férias integrais a cada período aquisitivo. Isto é, o período estabelecido por lei que veda a convocação enseja o pagamento integral de férias, já que não pode gozá-la sem recursos⁶³⁻⁶⁴.

Inclusive, é oportuno mencionar que Mauricio Delgado e Gabriela Delgado fazem coro a essa interpretação. Veja-se:

Aparentemente, imagina a literalidade da lei que as férias podem ser gozadas sem pagamento da remuneração e do terço constitucional – em manifesto descumprimento do disposto no art. 7º, XVII, da Constituição. Não sendo essa alternativa viável, do ponto de vista 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 de seu montante pela média mensal dos salários nos meses componentes do período aquisitivo, *respeitado o piso do salário mínimo mensal*⁶⁵.

Entretanto, seguimos a posição de Bruno Hazan. Tendo em vista que a norma não especifica se as férias/vedação à convocação serão ou não remuneradas, ele sustenta que a lógica seria dar o mesmo tratamento que é dado a qualquer outro contrato de trabalho: pagamento das férias para o gozo do descanso anual remunerado. Assim, sugere-se que o critério para o pagamento das férias integrais deve levar em conta a média salarial do período aquisitivo (com base no art. 142 da CLT)⁶⁶.

Cabe salutar que a posição acima também foi acolhida pelo no enunciado nº 4 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA⁶⁷.

Ainda no tocante às férias, faz-se necessário realçar que a redação do §9º do art. 452-A da CLT não deixa claro qual seria o período

⁶³ FRANCO FILHO, 2018, p. 104.

⁶⁴ Além disso, o autor defende que o trabalhador intermitente não poderia vender um terço de suas férias, tendo em vista que o abono de férias é incompatível com essa modalidade de contrato de trabalho. (FRANCO FILHO, 2018, p. 104)

⁶⁵ DELGADO; DELGADO, 2018, p. 166.

⁶⁶ HAZAN, 2018, p. 62.

⁶⁷ Enunciado nº 4 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *FÉRIAS E TRABALHO INTERMITENTE*. Diante da existência de antinomia jurídica entre o disposto no § 6º do art. 452-A da CLT e o disposto no § 9º do mesmo art. 452-A da CLT, deve-se interpretar o ordenamento jurídico de forma sistemática e utilizar o critério hierárquico para solução do conflito de normas. Assim, tendo em vista o art. 7º, XVII, da CRFB/88, que dispõe sobre o direito às férias anuais remuneradas, ou seja, pagas no momento do gozo do período de descanso (conforme também disposto no art. 452-A, §9º, CLT), o pagamento de férias proporcionais após a prestação de serviços (art. 452-A, §6º, II, CLT) não encontra aplicabilidade. Assim, no trabalho intermitente, as férias devem ser remuneradas quando da sua fruição.

Do exposto, o que se pode perceber é que o empregado intermitente possui diversos fatores polêmicos em decorrência de inúmeras omissões (propositais ou involuntárias), expondo tal modalidade estratificada de relação de emprego a diversos fatores precarizantes.

aquisitivo do direito de férias. Tal omissão gera celeuma para saber se o critério seriam doze meses “de trabalho efetivo” ou “de manutenção do contrato”. Para Bruno Hazan a aquisição do direito às férias seria o trabalho efetivo, pois, na sua visão, que os períodos de inatividade não são considerados como tempo à disposição (art. 452-A, §5º, da CLT) ⁶⁸.

Ousamos discordar, justamente por entender que o período de inatividade, como está previsto na lei, não fixa um intervalo mínimo. Assim, entendemos, que da mesma forma como o empregado intermitente tem direito a um salário mínimo, ele tem direito a um descanso anual remunerado. Inclusive, sob a mesma lógica, defendemos o gozo de férias deverá ocorrer, independentemente, do número de faltas injustificadas cometidas durante o período aquisitivo.

Por fim, cabe mencionar um último aspecto polêmico quanto ao intermitente. Nesse sentido, Luciane Barzotto ressalta que o rol de direitos previstos no art. 452-A da CLT são passíveis de ampliação pelos direitos constitucionais do trabalhador, como meio de garantir isonomia. Todavia, de outra banda, a autora alerta que os mesmos direitos estariam passíveis de negociação coletiva, com prevalência do negociado sobre o legislado, com fulcro no inciso VIII do art. 611-A da CLT⁶⁹.

Do exposto, o que se pode perceber é que o empregado intermitente possui diversos fatores polêmicos em decorrência de inúmeras omissões (propositais ou involuntárias), expondo tal modalidade estratificada de relação de emprego a diversos fatores precarizantes. Nessa toada, em meio a mais variadas posições doutrinárias, procuramos nesse breve trabalho científico apontar as posições voltadas ao trabalho intermitente digno.

5. DO INTERMITENTE NO DIREITO COMPARADO E NO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A figura do empregado intermitente não é uma inovação do legislador brasileiro. Na verdade, ele já se encontra positivado em diversos ordenamentos jurídicos. Por conta disso, é oportuno, por ora, realizar estudo comparado da figura do trabalho intermitente para

⁶⁸ HAZAN, 2018, p. 62.

⁶⁹ BARZOTTO, 2017, p. 140.

termos uma compreensão global dos seus efeitos e aprendermos com a experiência de outros países.

Neste sentido, Sergio Queiroz esclarece que o contrato de trabalho intermitente, embora tenha ingressado no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 13.467/2017, “não pode ser tido propriamente como uma novidade no mundo jurídico”⁷⁰. Pois, conforme Camilla Rocha deixa certo, trata-se de uma figura que já foi testada em outros países, mas seu resultado é duvidoso⁷¹.

Na Espanha, utiliza-se a nomenclatura de *fijo-discontinuo* (fixo-descontínuo) para tratar do intermitente. O art. 16 do *Estatuto de los Trabajadores* deixa certo que essa modalidade de emprego é marcada pela descontinuidade, isto é, a prestação de serviços fixos sem a repetição de datas certas, independentemente de o empregador ser uma empresa de temporada ou permanente com atividades cíclicas. Por isso a figura do *fijo-discontinuo* não se confunde com o contrato por obra ou serviço determinado, nem com contratos eventuais⁷².

Do mesmo modo que no Brasil, os intermitentes na Espanha precisam firmar um contrato de forma escrita prevendo tal modalidade, sob pena de ser considerado como um contrato de trabalho comum por tempo integral. Também não existe uma definição legal de jornada de trabalho mínima, mas – diferentemente do caso brasileiro – as convenções coletivas espanholas poderão prever a aplicação subsidiária das regras dos trabalhadores por tempo parcial⁷³.

No tocante ao chamamento do trabalhador intermitente, a legislação hispânica prevê que a convenção coletiva fixará a ordem e a forma – não podendo, portanto, ficar ao livre arbítrio do empregador. Já para reconhecer a rescisão indireta por não cumprimento da obrigação de chamamento, cabe ao *fijo-discontinuo* comprovar a não convocação em um período concreto em que os trabalhos contratados do intermitente deveriam ser realizados⁷⁴.

Na Itália, como Georgenor Franco Filho menciona, o contrato de trabalho intermitente está regulamentado pelo Decreto Legislativo

⁷⁰ QUEIROZ, 2018, p. 88.

⁷¹ ROCHA, C. H. M., 2017, p. 89.

⁷² VILLALÓN, 2016, p. 258.

⁷³ VILLALÓN, 2016, p. 258-259.

⁷⁴ VILLALÓN, 2016, p. 259-260.

nº 81/2015. Essa modalidade de contratação atípica é admitida excepcionalmente em duas situações: 1) durante períodos predeterminados da semana, mês ou ano nas hipóteses previstas em normas coletivas; 2) por trabalhadores menores de 24 anos ou mais de 55 anos. Ademais, exceto para os setores de turismo, vida pública e entretenimento, há limitação do prazo de duração do contrato intermitente. De tal sorte, o contrato de trabalho intermitente italiano só pode durar até 400 dias no intervalo de três anos, sob pena de ser convertido em contrato por prazo indeterminado⁷⁵.

Em Portugal, O Código do Trabalho lusitano de 2009 estabelece duas modalidades de trabalho intermitente: a) trabalho alternado, utilizado em hipóteses que as necessidades descontínuas possam ser programadas; e b) trabalho à chamada, modalidade em que as partes estabelecem a antecedência que o empregador deve informar o início do trabalho⁷⁶. Além disso, como Rosilene Nascimento destaca, a prestação mínima de serviços pelo trabalhador intermitente não pode ser inferior a seis meses por ano, com pelo menos quatro meses consecutivos de labor⁷⁷. E, segundo aponta Luciane Barzotto, o sindicato tem participação obrigatória na fixação da compensação nos períodos de inatividade⁷⁸.

Já na legislação alemã, presume-se que foi acordada uma jornada de dez horas por semana se ela não tiver sido fixada. Ademais, caso não tenha estabelecido a jornada, o empregador será obrigado a conceder trabalho por três horas por dia. Diante de tal cenário, “evita-se, com esse critério, a abrupta diminuição do patamar de horas de trabalho comumente prestada pelo empregado, segundo a vontade do empregador”⁷⁹. Mas, como Iuri Pinheiro observa, a jurisprudência germânica tem relativizado a presunção dos limites mínimos legais nos casos de omissão se quedar caracterizada uma prestação de serviços habituais⁸⁰.

No Reino Unido, com fulcro na pesquisa de Patrícia Maeda – a qual realizou o estudo comparado do empregado intermitente no Brasil

⁷⁵ FRANCO FILHO, 2018, p. 102.

⁷⁶ GIRAUDEAU, 2018, p. 71.

⁷⁷ NASCIMENTO, 2017, p. 286.

⁷⁸ BARZOTTO, 2017, p. 139.

⁷⁹ GIRAUDEAU, 2018, p. 71.

⁸⁰ PINHEIRO, 2018, p. 107.

com o *zero hour contract* ou contrato zero-hora⁸¹ – cabe ressaltar que lá o intermitente é visto como uma figura precarizante, tendo em vista que:

Mascara o desemprego com a criação de subempregos flexíveis; a flexibilidade que o justifica é unilateral – em regra serve apenas ao empregador; a liberdade que lhe dá fundamento não pode ser observada diante a assimetria das partes no contrato – a discricionariedade em fornecer trabalho não corresponde à discricionariedade em aceita-lo; a falta de transparência e informação sobre o *zero hour contract* dificulta a já mitigada liberdade contratual do trabalhador; a existência de cláusula de exclusividade agrava a situação do trabalhador – ele fica alijado de qualquer possibilidade de conseguir outro trabalho, restando subjugado à conveniência do empregador, ainda que isso coloque em risco sua subsistência; a limitação da cláusula de exclusividade, porém, não altera a realidade: o trabalhador dificilmente se arrisca a manter mais de um contrato por receio de não lhe ser fornecido trabalho no caso de uma recusa sua; o trabalhador sujeita-se a condição bastante insegura – não é possível saber se terá trabalho nem salário; essa insegurança tem efeitos sobre a saúde mental e física do trabalhador, além de impossibilitar o planejamento familiar em termos de rotina e de finanças; o *zero hour contract* obsta o acesso a direitos e garantias como férias e licença-saúde; a discriminação quanto aos estatutos – os trabalhadores zero-hora, por vezes, desempenham a mesma atividade que os empregados regulares, mas recebem menos e têm menos segurança e direitos; por fim, o trabalhador zero-hora está sujeito a mais exploração e maus-tratos do que os demais⁸².

Inclusive, conforme Sergio Queiroz acrescenta, o trabalho intermitente na Inglaterra é visto como sinônimo de redução de custos empresariais e precarização para os trabalhadores, tendo em vista que eles recebem salários 38% menores que demais⁸³.

Já nos Estados Unidos, temos a figura do *just-in-time scheduling*. Ivani Bramante informa que nessa modalidade de contrato a prestação de serviço, geralmente, tem pouca duração, com oscilação de horas de trabalho e conhecimento da escala de trabalho com pouca antecedência. Diante de tais características, o *just-in-time scheduling* tem sofrido críticas, a ponto de existirem leis estaduais prevendo um salário mínimo⁸⁴.

Do exposto acima, em consonância com as lições de Sérgio Queiroz, constata-se, com exceção do Reino Unido e dos Estados

⁸¹ Oportuno destacar que a ANAMTRA não considerada o empregado intermitente como contrato zero-hora, justamente por defender que o contrato de trabalho do intermitente deve constar uma jornada mínima. Nesse sentido temos o enunciado nº 3 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL NÃO CORRESPONDE AO ZERO-HOURS CONTRACT BRITÂNICO*. Nos contratos de trabalho intermitente, é obrigatório indicar a quantidade mínima de horas de efetiva prestação de serviços, pois não se admite contrato de trabalho com objeto indeterminado ou sujeito a condição puramente potestativa, consoante artigos 104, II, 166, II e 122 do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente à matéria, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT.

⁸² MAEDA, 2017, p. 230-231.

⁸³ QUEIROZ, 2018, p. 89.

⁸⁴ BRAMANTE, 2018, p. 38-39.

Na presente pesquisa analisou-se as discussões doutrinárias da regulamentação do trabalhador intermitente no Brasil, bem como realizou-se estudo comparado com a experiência de outros países. A partir disso, pode-se dizer, portanto, que a forma como a Lei nº 13.467/2017 incorporou o trabalho intermitente ao nosso ordenamento jurídico é inconstitucional.

Unidos, que os países europeus destacados estabelecem alguns limites e restrições para a aplicação da contratação do trabalho intermitente, sendo considerado uma situação pontual e atípica⁸⁵. Situação, portanto, bem diferente da realidade brasileira, em que a figura do empregado intermitente é posta de forma genérica e sem restrições, pendente de pacificação doutrinária e jurisprudencial quanto a diversas omissões.

Assim, é oportuno dizer que, na visão da OIT, a figura do trabalho intermitente até poderia ser considerada justificável ou decente “se garantisse ao empregado um mínimo de horas a receber por mês e a certeza da informação sobre o período da convocação, com aviso e antecedências razoáveis sobre a prestação de serviços”⁸⁶. Requisitos estes que destoam do caso brasileiro, já que a forma como a figura do trabalhador intermitente foi regulamentada no Brasil favorece a exploração exacerbada da força de trabalho⁸⁷.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa analisou-se as discussões doutrinárias da regulamentação do trabalhador intermitente no Brasil, bem como realizou-se estudo comparado com a experiência de outros países. A partir disso, pode-se dizer, portanto, que a forma como a Lei nº 13.467/2017 incorporou o trabalho intermitente ao nosso ordenamento jurídico é inconstitucional.

Além do mais, muito embora se valha o argumento de gerar postos de trabalho, trata-se de figura voltada à precarização das relações de trabalho, de modo a colocar a perspectiva econômica na frente da humanística. Ou seja, consiste em um dos exemplos mais marcantes da incorporação do discurso neoliberal e da prevalência do raciocínio econômico sobre a lógica social.

Como se pode observar, não obstante o estudo comparado dos ordenamentos jurídicos alienígenas alertarem para as características precarizantes do trabalho intermitente, o legislador reformador optou por estratificar a relação típica de trabalho no Brasil através do intermitente. Nessa toada, estabeleceu-se, por meio de uma relação

⁸⁵ QUEIROZ, 2018, p. 89.

⁸⁶ BARZOTTO, 2017, p. 139.

⁸⁷ BARZOTTO, 2017, p. 139.

formal de emprego sem garantias mínimas de jornada de trabalho, a fragmentação da noção de não eventualidade como requisito da relação de emprego. Ignorou-se os efeitos psicossociais e reflexos jurídicos que o trabalho intermitente podem gerar.

Pode-se dizer, portanto, que é uma falácia a alegação que o trabalho intermitente irá gerar empregos, se não há proteção a esse trabalhador. Assim, almeja-se colocar em xeque a essência protetiva do Direito do Trabalho e o valor social do trabalho ao não estabelecer qualquer limitação quantitativa ou qualitativa do trabalho intermitente.

Todavia, emprego não pode ser confundido com subemprego e tampouco com violação as normas constitucionais. Daí nesse momento cabe enaltecer o papel interpretativo do jurista, para com base na Constituição, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e nos princípios do Direito do Trabalho, encontrar soluções para garantir o valor social do trabalho e a dignidade do trabalhador intermitente.

Sob esse raciocínio, é oportuno destacar que a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região⁸⁸ decidiu que a contratação do trabalho intermitente seria constitucional, desde que realizada de forma excepcional em atividades descontínuas. Entendeu-se que, na verdade, o art. 443, §3º, da CLT apenas esclarece que o contrato de trabalho intermitente depende da função desempenhada pelo empregado intermitente, quedando sujeita, na verdade, a atividade e continuidade da empresa empregadora. Inclusive, trata-se de decisão em consonância com o enunciado nº 8 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA⁸⁹.

⁸⁸ TRT da 3ª Região. PJe 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS). Relator: José Eduardo de Resende Chaves Júnior. DJe 29 nov. 2018. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=NIKAo2MaSLnfN5%2F5oMAY%2Bw%3D%3D&p_idpje=i33hvBXOR8k%3D&p_num=i33hvBXOR8k%3D&p_npag=x>. Acesso em: 26 dez. 2018.

⁸⁹ Enunciado nº 8 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: *CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E DEMANDAS PERMANENTES*.

I – É ilícita a contratação sob a forma de trabalho intermitente para o atendimento de demanda permanente, contínua ou regular de trabalho, dentro do volume normal de atividade da empresa.

II – É ilegal a substituição de posto de trabalho regular ou permanente pela contratação sob a forma de trabalho intermitente.

III – O empregador não pode optar pelo contrato de trabalho intermitente para, sob esse regime jurídico, adotar a escala móvel e variável da jornada.

IV – Presente a necessidade de trabalho intermitente, o empregado contratado na forma do art. 443, § 3o, da CLT tem direito subjetivo à convocação, sendo ilícita sua preterição ou a omissão do empregador.

Cabe apontar que nós corroboramos com a tese adotada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Defendemos, nesse diapasão, que a contratação para desempenho de atividades típicas, permanentes e contínuas da empresa desvirtuaria a atipicidade a figura do empregado intermitente. Pois, a substituição de obreiro regular por um empregado intermitente sem garantias mínimas configura precarização dos direitos do trabalhador, bem como o *dumping* econômico e social. E nosso ordenamento jurídico não pode ser desvirtuado, para albergar a concorrência desleal através do intermitente.

Por fim, não há falar que o acórdão acima mencionado tenha criado novos requisitos (não previstos em lei) para a contratação do empregado intermitente. Entendemos que os magistrados desempenharam a árdua função judicante de construir a norma concreta para o conflito posto com base em interpretação sistemática do sistema normativo vigente – o que inclui o patamar civilizatório mínimo das normas constitucionais e internacionais. Hermenêutica desafiadora haja vista a falta de clareza do texto da Reforma Trabalhista.

REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luciane Cardoso. *O controvertido contrato de trabalho intermitente*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRAMANTE, Ivani Contini. *Contrato intermitente*. In: MONTAL, Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (orgs.). *Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades*. São Paulo: LTr, 2018.
- BRASIL. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA: tema reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017)*. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

CRUZ, Juliana. *O contrato de trabalho intermitente*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. In: FIGUEIREDO, Carlos Arthur *et al* (org.). *Reforma trabalhista: novos rumos de direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Desemprego e Contrato de trabalho intermitente*. In: MONTAL, Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (org.). *Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades*. São Paulo: LTr, 2018.

HAZAN, Bruno Ferraz. *A “reforma” trabalhista esquematizada: uma análise objetiva e comparada das mudanças e repercussões jurídicas decorrentes da lei nº 13.467 de 2017 e da medida provisória nº 808 de 2017*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

MAEDA, Patrícia. Contrato de trabalho intermitente: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MENDES, Márcia Cristina Sampaio (coord.). *Reforma Trabalhista*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A reforma trabalhista no Brasil*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. *Comentários à Reforma Trabalhista*. Leme: Habermann, 2017.

NASCIMENTO, Rosilene. *Contrato intermitente: trabalho humano just in time*. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MENDES, Márcia Cristina Sampaio (coord.). *Reforma Trabalhista*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Reforma trabalhista: comentários à Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, vigência em 11.11.2017*. São Paulo: LTr, 2018.

PINHEIRO, Iuri Pereira. *Contrato de trabalho intermitente*. In: FIGUEIREDO, Carlos Arthur *et al* (org.). *Reforma trabalhista: novos rumos de direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo, LTr, 2018.

PRETTI, Gleibe. *Trabalho intermitente na prática: conforme a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2018.

QUEIROZ, Sergio Roberto de Mello. *A Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e o Contrato de Trabalho Intermitente: Breve Considerações*. In: FIGUEIREDO, Carlos Arthur et al (org.). *Reforma trabalhista: novos rumos de direito do trabalho e do direito processual do trabalho*. São Paulo, LTr, 2018.

ROCHA, Camilla Holanda Mendes da. *Contrato de trabalho intermitente*. In: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza et al. *Reforma Trabalhista Interpretada*. Caxias do Sul: Plenum, 2017.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. *Reflexões temporais acerca do Direito do Trabalho brasileiro e do seu constitucionalismo: a obrigatoriedade do controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade da reforma trabalhista*. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; ROCHA, Cláudio Jannotti da (org.). *Trabalho: diálogos e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

RODRIGUES, Deusmar José (coord.). *Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo*. Leme: JH Mizumo, 2017.

SANTOS, José Aparecido. Reformas trabalhistas na Itália: breve análise histórica e comparativa. *Revista do TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 249-271, out./dez. 2017.

TRT da 3ª Região. PJe 0010454-06.2018.5.03.0097 (ROPS). Relator: José Eduardo de Resende Chaves Júnior. DJe 29 nov. 2018. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=NIKAO2MaSLnfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=i33hvBXOR8k%3D&p_num=i33hvBXOR8k%3D&p_npag=x>. Acesso em: 26 dez. 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Reforma rabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela lei 13.467/2017*. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (coord.). *Desafios da Reforma Trabalhista: de acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VILLALÓN, Jesús Cruz et al (orgs.). *Comentarios al estatuto de los trabajadores*. 4. ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2016.