



TRABALHO INTERMITENTE: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E A RUPTURA DE PARADIGMAS DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Pedro Guimarães Vieira¹

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar o instituto do trabalho intermitente, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.467/2017. Inicialmente, examina-se o contexto político-econômico e social que orientou a produção legislativa conhecida como Reforma Trabalhista. Posteriormente, realiza-se um estudo comparativo de institutos análogos existentes no Direito europeu, em especial em Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Reino Unido, destacando as semelhanças e diferenças com o trabalho intermitente regulamentado no Brasil. Após, são traçadas as principais características do trabalho intermitente e apontados as rupturas com os princípios e normas previamente existentes no Direito do Trabalho brasileiro.

Palavras-chave: Trabalho Intermitente. Reforma Trabalhista. Direito do Trabalho. Pressupostos da Relação de Emprego. Experiência Internacional.

1 Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Analista Judiciário do TRE-MG (2016-2018). Analista Judiciário do TRT-12 (2014-2016). Pós Graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014).

Introdução

O presente artigo visa a analisar o trabalho intermitente, inovação trazida pela Lei nº 13.467/2017 para o Direito do Trabalho brasileiro. Trata-se de instituto jurídico que tem por escopo promover a modernização das relações de trabalho e dinamizar a economia, conforme consta da própria exposição de motivos do projeto de lei que originou a Reforma Trabalhista (VEYGA, 2018, p. 35).

O instituto jurídico analisado encontra elementos de semelhança com formas de contrato de trabalho existentes em outros ordenamentos jurídicos. Sua inserção no Brasil, contudo, traz mudanças e diversos questionamentos, modificando elementos inerentes à relação de emprego.

De modo a cumprir seu objetivo analítico, este trabalho está dividido em seis partes, incluindo-se esta introdução. O segundo tópico expõe o contexto político-econômico e social brasileiro, fonte material que levou à positivação do trabalho

intermitente no Brasil. Investigam-se, para tanto, os Relatórios produzidos pelo Poder Legislativo acerca do tema.

A terceira parte analisa a experiência de outros países com institutos jurídicos que guardam alguma proximidade com o trabalho intermitente brasileiro. São examinadas, em especial, as previsões legislativas de Portugal, da Espanha, da Itália, da França, da Alemanha e do Reino Unido.

O quarto tópico procura conceituar o trabalho intermitente, apresentando os requisitos trazidos pela Lei nº 13.467/2018 e buscando diferenciá-lo de outros institutos existentes na ordem jurídica interna, a saber, o contrato por prazo determinado, o contrato temporário e o contrato por jornada de tempo parcial.

O quinto item apresenta as incompatibilidades entre as normas e princípios clássicos de Direito do Trabalho e o instituto do trabalho intermitente. Enfoca-se, outrossim, interpretações para evitar essa quebra de paradigma ou mesmo para compatibilizar o instituto sob análise com as premissas básicas do Direito do Trabalho.

Por fim, a sexta parte apresenta as conclusões do presente trabalho.

REFORMA TRABALHISTA. CONTEXTO SÓCIO-POLÍTICO E ECONÔMICO.

O contexto de estagnação econômica (ALVARANGA; SILVEIRA, 2020); (AMORIM, 2020) e a instabilidade política² vivida pelo Brasil desde 2014 exigiam do governo atuação

2 Em 2015, o Brasil enfrentava o processo de impeachment da Presidente Dilma Roussef. Em 02/12/2015, a Presidência da Câmara dos Deputados autorizou o processamento da denúncia oferecida, o que levou ao exame da autorização à instauração do processo de impeachment (art. 86 CF). Posteriormente, ao longo de 2016, o processo de impeachment instaurado foi examinado pelo Senado Federal, culminado no reconhecimento da perda do cargo pela Presidente Dilma Roussef (art. 52, Parágrafo Único, CF) em 31/08/2016.

concreta para atender aos anseios pela retomada do crescimento do país. As taxas de inflação acima das metas macroeconômicas, a elevação do percentual de desempregados (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020) e a retração nos investimentos agravaram-se ao longo de 2015 e 2016.

A partir de então, devido a mudanças ocorridas na chefia do Poder Executivo, houve um avanço de ideias liberais na condução da agenda econômica do governo e em diversos segmentos do Congresso Nacional. Os governantes vislumbraram a necessidade de modernização das relações de trabalho e da legislação vigente no país, de modo a diminuir os custos da produção, alavancar investimentos e promover o desenvolvimento nacional.³

Esse contexto político-econômico serviu de fonte material para o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que posteriormente resultaria na Lei nº 13.467/2017. As motivações de ordem econômica e social da referida atuação legislativa – retomada dos investimentos e do desenvolvimento nacional, grau de informalidade no mercado de trabalho e taxas de desemprego – constaram do Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787/2016 (RELATÓRIO, 2017, p. 18).

Ademais, a necessidade de modernização e adequação das relações de emprego às novas tecnologias e às novas dinâmicas e necessidades empresariais também motivou a proposta de alteração legislativa. Nesse sentido Projeto de Lei nº 6.787/2016 consistia em “uma tentativa de colocar o nosso País entre as nações mais modernas do mundo, estamos propondo a regulamentação de alguns desses ‘novos’ modelos de contratação, os quais, diga-se,

3 Para maiores informações sobre o contexto que motivou a edição da Reforma Trabalhista, além do exame dos efeitos produzidos pelas novas normas após 1 ano e meio de sua entrada em vigor, Cf. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/reforma-trabalhista-nao-cria-novas-vagas-e-defensores-culpam-crise.shtml>. Acessado em 12/05/2019.

já deveriam estar sendo adotados há muito. São modelos que buscam uma nova forma de relacionamento entre empregados e empregadores, com a finalidade última de aumentar o número de pessoas no mercado de trabalho formal” (RELATÓRIO, 2017, p. 41).

Os objetivos de ordem econômica e social permearam, outrossim, a introdução na ordem jurídica do trabalho intermitente (VEYGA, 2018, p. 35). Esse instituto possibilitaria a ampliação de postos de trabalho e a redução do número de desemprego no país, conforme menção do Relatório da Comissão Especial, que estimou que essa modalidade contratação pudesse gerar “cerca de catorze milhões de postos de trabalho formais no espaço de dez anos.” (RELATÓRIO, 2017, p. 50)

p. 39).

Além disso, conforme evidenciado no aludido Relatório, a regulamentação dessa forma de trabalho que atende às necessidades atuais da atividade empresarial, contribuiriam para a atração de novos investimentos e, conseqüentemente, para a retomada do crescimento econômico.

A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. INSTITUTOS SEMELHANTES AO TRABALHO INTERMITENTE.

Nos ordenamentos jurídicos europeus, há normas que regulam institutos semelhantes ao trabalho intermitente brasileiro. Assim, pretende-se, na presente seção, realizar um estudo comparativo das

“O trabalho intermitente foi concebido como um instituto jurídico que poderia contribuir para a diminuição das taxas de desemprego e para o combate à informalidade no mercado de trabalho”.

Desse modo, a introdução do trabalho intermitente no Projeto de Lei que resultou na Lei nº 13.467/2017 está em consonância com os propósitos gerais que levaram à alteração legislativa em comento. O trabalho intermitente foi concebido como um instituto jurídico que poderia contribuir para a diminuição das taxas de desemprego e para o combate à informalidade no mercado de trabalho. Assim, sob a perspectiva que orientou a atuação do Congresso Nacional, eventuais atividades anteriormente desenvolvidas sem a constituição de uma relação de emprego – como a contratação de garçons para trabalhar em eventos que ocorrem apenas nos finais de semana – passariam a ser formalizados por meio de um contrato de trabalho intermitente, assegurando-se ao trabalhador as proteções sociais previstas na Constituição e na legislação infraconstitucional (VEYGA, 2018,

previsões normativas existentes em Portugal, na Espanha, na Itália, na França, na Alemanha e no Reino Unido. O objetivo é identificar as semelhanças e as diferenças com as normas constantes da Lei nº 13.467/2017, que serão abordadas no tópico subsequente.

PORTUGAL

O Código do Trabalho Português de 2009 traz uma normatização detalhada sobre o tema em seus artigos 157 a 160.⁴ A conceituação do instituto é feita a partir da atividade empresarial, que deve ser exercida “com descontinuidade ou intensidade variável”.

4 Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT20032018.pdf#page=64>. Acesso em 11 mar./019.

O trabalho intermitente no Direito português poderá ocorrer sempre que a atividade econômica exercida tiver desconformidades temporais ou variações de intensidade, podendo os períodos de inatividade ser prolongados ou mais curtos, conforme as necessidades do empreendimento (MARTINEZ, 2013). Destina-se, destarte, a atividades que sejam sazonais por sua própria natureza ou que apresentem uma sazonalidade decorrente da intensidade variável da atividade – em razão de questões de mercado consumidor ou de matérias-primas (VEYGA, 2018, p. 39).

Uma importante especificidade da regulamentação portuguesa é a garantia de uma compensação retributiva mínima para os empregados durante o período de inatividade, a ser paga na mesma periodicidade da contraprestação devida nos períodos de atividade. A legislação portuguesa determina que a compensação retributiva seja fixada em norma coletiva e, em sua falta, assegure-se o percentual de 20% da contraprestação recebida durante o período de atividade.

Além disso, a legislação portuguesa prevê, sob a forma genérica de trabalho intermitente, dois modos diversos de pactuação da prestação de labor: o trabalho alternado e o trabalho a chamadas. Naquele as partes pactuam, por ocasião da celebração do contrato de trabalho, a duração da prestação do serviço, que pode ser contínua ou interpolada – hipótese em que também são previamente fixadas as datas de início e término de cada período de trabalho. Além disso, a lei estabelece que a prestação de serviços não pode ser inferior a seis meses de jornada integral por ano, devendo haver, ainda, pelo menos quatro meses consecutivos de trabalho.

No trabalho a chamadas, por sua vez, há uma maior incerteza nas datas e na duração da prestação laboral, as quais não são fixadas por ocasião da celebração do contrato de trabalho. As partes devem, contudo, estabelecer a antecedência com que

o empregador informará o empregado acerca da necessidade de seus serviços. Por exigência legal, a antecedência de comunicação mínima é de 20 dias.

A legislação portuguesa regula o trabalho intermitente de forma mais detalhada do que a Lei nº 13.467/2017, como se verá no tópico subsequente. Em virtude de sua maior abrangência e do fato de ter sido produzida recentemente – estando, pois, adequada às necessidades da sociedade atual –, existe posicionamento doutrinário que defende sua aplicação subsidiária ao Direito brasileiro, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, da CLT (SOUZA JUNIOR *et. al.*, 2018, p. 204).

A compensação mínima ao trabalhador nos períodos de inatividade coaduna-se com a natureza retributiva do salário. Isso porque o contrato de trabalho é considerado sinalagmático em seu conjunto e não analisando parcela por parcela.

É por isso que existem hipóteses de pagamento da remuneração sem que haja a efetiva prestação de serviços pelo trabalhador, como as férias e os repousos semanais



remunerados (BARROS, 2016, p. 492). Além disso, a compensação mínima constitui forma de balancear a menor previsibilidade de renda e de horários de trabalho nessa modalidade de contratação laboral.

Ademais, a estipulação de um período mínimo de labor por ano evita que o empregado fique longos períodos sem ser convocado e, portanto, sem receber a remuneração correspondente. Para evitar essas situações de permanência do vínculo de emprego sem remuneração por longos períodos – o que constitui contradição em termos com a própria razão de ser do contrato de trabalho para o empregado (SILVA, 2018, p. 84); (DELGADO, DELGADO, 2017, p.156) –, a Medida Provisória nº 808/2017 previu a ruptura do contrato de trabalho intermitente caso não haja convocação no prazo de um ano (art. 452-D CLT).

Verifica-se também na legislação portuguesa uma preocupação com a maior previsibilidade da prestação dos serviços e da remuneração. No trabalho alternado, a fixação da duração do labor é feita já no momento da celebração do contrato. Por outro lado, o trabalho a chamada também reflete essa preocupação do legislador português, já que o prazo mínimo de antecedência para a chamada no Direito português é de 20 (vinte) dias, lapso bastante elástico em relação aos 3 (três) dias previstos pela Lei nº 13.467/2017.

ESPANHA

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha prevê, em seu artigo 16, o contrato fixo-descontínuo.⁵ Trata-se de modalidade contratual voltada para trabalhos que são fixos e descontínuos, cuja periodicidade, mesmo em situações de volume normal da atividade da empresa, não é passível de prefixação, pois as atividades não ocorrem em datas certas.

5 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em 11 mar./019.

A imprevisibilidade é elemento essencial ao contrato fixo-descontínuo espanhol. Isso porque a legislação prevê que as atividades cuja periodicidade seja passível de pré-determinação serão objeto de um contrato de trabalho em regime de tempo parcial.

Além da exigência de forma escrita, exige-se a indicação, no contrato de trabalho fixo-descontínuo, de estimativa da duração da atividade, da jornada de trabalho e dos horários de início e término. A ordem de convocação e a forma de sua realização devem ser objeto de negociação coletiva.

O exame da regulamentação do Direito espanhol auxilia na compreensão do escopo do contrato de trabalho intermitente, sobretudo quando comparado com as demais modalidades contratuais. À semelhança do que ocorre no Direito brasileiro, a Espanha prevê a existência de contratos de trabalho por tempo parcial. Assim, adota-se essa modalidade contratual para as atividades que não exigem o trabalho com base na carga horária máxima mensal autorizada, mas são dotadas de previsibilidade e periodicidade, o que permite a prefixação do número de horas a serem trabalhadas e sua distribuição ao longo da semana.

O contrato fixo-descontínuo não se destina às atividades passíveis de prefixação da necessidade de serviço. O óbice legal à utilização dessa modalidade contratual em tais hipóteses decorre da maior insegurança desse vínculo, no que se refere tanto à renda a ser recebida, quanto aos horários de trabalho.

Conquanto haja divergência no Brasil quanto às hipóteses de utilização do contrato intermitente (ARAÚJO, 2018, p.355), há entendimento no sentido de adotar a mesma diretriz constante do Direito espanhol. Segundo esse entendimento, o contrato intermitente destina-se aos serviços que não podem ter sua necessidade e periodicidade prefixadas (VEYGA, 2018, p. 47); (ALVES, 2018,

p. 21) ; (CASSAR, 2017, p. 507), devendo-se, nas demais hipóteses, utilizar-se de outras modalidades contratuais, em especial o contrato de trabalho de jornada parcial. Isto é, o contrato intermitente pressupõe a existência de fato aleatório imponderável (SILVA, 2018, p.84).

ITÁLIA

O Decreto Legislativo nº 276/2003 regula, em seus artigos 33 a 37, o trabalho intermitente na Itália. A modalidade contratual em comento consiste na prestação de serviços em caráter descontínuo ou intermitente por períodos predeterminados, na forma estabelecida por norma coletiva, sendo assegurados aos trabalhadores intermitentes os mesmos direitos dos demais trabalhadores.

a contratação do trabalho intermitente.⁶

Em qualquer hipótese de contratação, a vinculação ao mesmo empregador está limitada a 400 dias a cada 3 anos civis, sob pena de conversão do vínculo em contrato de tempo integral (CAMERA, 2016). O objetivo do legislador com o estabelecimento do patamar máximo de dias trabalhados é evitar que as empresas adotem o contrato intermitente em atividades contínuas, mas com variações naturais de demanda (CARVALHO, 2018b, p. 41).

A utilização do trabalho intermitente é vedada para substituir empregados que estejam exercendo o direito de greve. As empresas que tenham realizado dispensa em massa nos seis meses precedentes tampouco poderão utilizar essa modalidade contratual, salvo se houver negociação coletiva em sentido contrário. A realização adequada

“As empresas que tenham realizado dispensa em massa nos seis meses precedentes tampouco poderão utilizar essa modalidade contratual, salvo se houver negociação coletiva em sentido contrário.”

A exigência da negociação coletiva foi dispensada para os trabalhadores com idade inferior a 25 anos e aqueles com idade superior a 45 anos que estivessem fora do ciclo produtivo, que fossem pensionistas ou que constassem na *liste di mobilità o di collocamento* – cadastro mantido pelos órgãos competentes para realocação daqueles trabalhadores que se encontram desempregados.

Apesar da diferenciação dos requisitos para o trabalho intermitente com base em critérios etários, o Tribunal de Justiça Europeu reconheceu não ser discriminatória a dispensa de trabalhador intermitente em virtude de ter alcançado a idade de 25 anos, quando não haja norma coletiva autorizando

das avaliações de risco do trabalho também é condição para que o empregador seja autorizado a celebrar contratos de trabalho intermitente.

O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter alguns elementos obrigatórios, como indicação da duração, da hipótese que autoriza o contrato intermitente, do local de trabalho e da forma como ocorrerá a convocação para o trabalho. A legislação

6 LUXEMBURGO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. 1ª Seção. C-143/16. Abercrombie & Fitch Italia Srl contro Antonino Bordonaro. Data de Julgamento: 19 jul./017. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-143/16&language=PT>. Acesso em 25 mar./019.

italiana exige a antecedência mínima de um dia para a convocação.

Caso o empregado tenha a obrigação de atender ao chamado, deve constar também do contrato de trabalho intermitente a indenização de disponibilidade (*indennità di disponibilità*) – fixada em norma coletiva –, que deve ser paga ao trabalhador pelo período em que permaneceu à disposição do empregador.

De modo diverso ao que ocorre no Brasil, as normas italianas procuram assegurar patamar mínimo remuneratório para o trabalhador sujeito ao contrato intermitente. Essa exigência aplica-se, contudo, apenas àqueles contratos em que haja exigência de atendimento do chamado do empregador. Há, portanto, diferença sensível em relação à regulamentação do Direito português, que não limita a indenização de disponibilidade aos casos em que haja a obrigação do trabalhador em atender a convocação patronal.

Na Itália, pesquisas apontam que os trabalhadores intermitentes laboram, em média, 10 dias por mês. Como não trabalham durante todo o mês, suas contribuições à Previdência Social também são reduzidas, resultando em aposentadorias correspondentes a cerca de 30% do salário médio (NOGUEIRA, 2017, p. 144).

FRANÇA

Na França, o contrato de trabalho intermitente tem por objeto os empregos permanentes que, por sua natureza, apresentem alternância de períodos trabalhados e não trabalhados. Sua celebração deve ser autorizada por norma coletiva, salvo na contratação de pessoas com deficiência, trabalhadores readaptados, vítimas de acidente de trabalho – com redução de, pelo menos, 10% de sua capacidade laborativa – e

beneficiários de proventos oriundos da Seguridade Social francesa.⁷

Além de ser celebrado por escrito, o contrato deve mencionar a duração anual mínima do trabalho, os períodos de trabalho e o número de horas trabalhadas em cada período. A carga horária estipulada no contrato pode ser ultrapassada até o limite de 1/3, estando o labor, além desse patamar, condicionado à concordância do empregado. Ademais, as horas trabalhadas além da jornada inicialmente prevista no contrato, deverão ser pagas como horas extras.

A norma coletiva pode estabelecer remunerações mínimas a serem pagas ao trabalhador intermitente, mesmo quando não haja prestação de serviços. Trata-se, portanto, da indenização por disponibilidade que, no direito francês, não decorre diretamente da legislação heterônoma, como ocorre em Portugal e na Itália. Na França, a previsão dessa garantia de renda mínima para o trabalhador é delegada à legislação autônoma e à atuação dos seres coletivos de trabalho.

REINO UNIDO

O Contrato de Zero Hora do Direito britânico é aquele em que o empregado assume o compromisso condicional de executar os serviços que lhe forem demandados pelo empregador. Trata-se de uma pactuação condicionada a evento futuro incerto, porquanto não há qualquer garantia que o empregador necessitará do serviço objeto do contrato (Seção 27A, 1, “a” e “b” do Employment Rights Act de 1996) (COLNAGO, 2018).

7 Os exemplos elencados conformam o que é chamado na França de “beneficiares de l’obligation d’emploi”, previstos nos artigos L5212-13 do Código do Trabalho francês. Cf. <https://travail-emploi.gouv.fr/emploi/emploi-et-handicap/oeth>. Acesso em 12 maio./019.

Tampouco existe o dever para o empregador de ofertar esse serviço ao empregado, caso venha a precisar dele em suas atividades empresariais (Seção 27B, 4, “b” do *Employment Right Act* de 1996). Desse modo, o contrato de zero-hora assemelha-se, como ocorre com o contrato de trabalho intermitente no Brasil, a um cadastro de dados de empregados (SILVA, 2018, p. 83), a ser acionado caso haja trabalho.

O Direito britânico não confere ao empregado a garantia de um número mínimo de horas a ser trabalhado nessa modalidade contratual. Não há qualquer vedação para o que trabalhador esteja simultaneamente sujeito a outros contratos de trabalho (Seção 27A, 1, “a” do *Employment Right Act* de 1996).

O contrato de zero hora alcançou seu pico de utilização em março de 2015, quando 2,1 milhões de trabalhadores britânicos laboravam sob essa modalidade contratual. Conquanto esse número tenha diminuído ao longo de 2016 – chegando a 1,7 milhão de trabalhadores –, em 2018 houve nova retomada de sua utilização, sendo estimado que mais de 100 mil empregados foram contratados por meio do contrato de zero hora.⁸

A utilização dessa modalidade contratual no Reino Unido é maior entre jovens, idosos e mulheres. De acordo com pesquisas divulgadas pela *Office for National Statistics* – órgão governamental responsável pela elaboração de pesquisas e estatísticas –, 36% da mão de obra submetida a contratos de zero hora é composta por trabalhadores com idade entre 16 e 24 anos. Ademais, a maior parte dos trabalhadores com mais de 65 anos que compõe a população economicamente ativa estão inseridos no mercado de trabalho por meio dessa modalidade

8 <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/23/number-of-zero-hours-contracts-in-uk-rose-by-100000-in-2017-ONS>. Acesso em 12/aio 2019.

contratual.⁹

Outra constatação realizada pelo ONS é a de que 66% dos trabalhadores contratados por meio de contratos de zero hora estão sujeitos a jornadas parciais (21,8 horas semanais), não realizando a jornada máxima semanal ou mensal legalmente autorizada. A jornada constatada é bastante inferior àquela praticada em outras modalidades contratuais existentes no Reino Unido, nas quais a média de horas semanais trabalhadas é de 31,6 horas.¹⁰

Apesar da menor jornada média, apenas 18% dos trabalhadores sob contrato de zero hora são estudantes em tempo integral. Assim, mostra-se bastante lógica a constatação das pesquisas do ONS de que os trabalhadores sob contrato de zero hora demonstram maior interesse em conseguir outro emprego ou ter sua jornada de trabalho majorada do que aqueles submetidos a outras modalidades contratuais.¹¹

Em virtude do menor grau de proteção conferido aos empregados contratados sob o contrato zero hora, esse instituto jurídico tem recebido críticas da opinião pública e de parlamentares

9 Os dados podem ser encontrados, sistematicamente, na Figura 6 da pesquisa da ONS:

<https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acesso em 12 maio 2019.

10 Item 6 – Hours Worked and Flexibility – da seguinte pesquisa da ONS: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acesso em: 12 maio 2019.

11 Os dados podem ser encontrados na Figura 9 da seguinte pesquisa da ONS: <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/earningsandworkinghours/articles/contractsthatdonotguaranteeaminimumnumberofhours/april2018#future-of-the-experimental-business-survey>. Acesso em: 12 maio 2019.



britânicos (CARVALHO, 2018b, p. 42).¹² Críticas no mesmo sentido são encontradas em outros países da *Commonwealth*, como é o caso da Nova Zelândia, que anunciou o banimento dessa modalidade contratual (CARVALHO, 2018b, p. 42).

Recentes propostas de reforma da legislação trabalhista no Reino Unido preveem mecanismos para assegurar a esses trabalhadores maior grau de estabilidade no contrato e de segurança financeira.¹³ A preocupação existente em razão das condições de contratação e de labor dos trabalhadores submetidos ao contrato de zero hora consta do Relatório do Senador Paulo Paim na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, ao analisar o Projeto de Lei nº 38/2017 (RELATÓRIO DA COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS, 2017, p. 11).

Diante de todo o exposto, o contrato de zero-hora do Direito britânico assemelha-se ao contrato de trabalho intermitente do

12 <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/apr/23/number-of-zero-hours-contracts-in-uk-rose-by-100000-in-2017-ons>. Acesso em 12 maio/019.

13 <https://www.gov.uk/government/news/millions-to-benefit-from-enhanced-rights-as-government-responds-to-taylor-review-of-modern-working-practices>

Direito brasileiro. A aproximação dos institutos decorre do fato de que, em nenhum deles, exige-se uma maior previsibilidade quanto à duração da atividade, à jornada de trabalho e aos horários de início e término. Inexiste, ademais, em ambos os ordenamentos jurídicos, a exigência de um período mínimo em que o trabalho deverá ser prestado, como ocorre em Portugal e na Itália.

ALEMANHA

A previsão alemã do *Arbeit auf Abruf* (Trabalho sob Demanda) estabelece a possibilidade de empregadores e trabalhadores pactuarem contrato de trabalho específico que adequue a prestação de serviços às necessidades de trabalho do empreendimento. Diferentemente do Brasil, a convocação na Alemanha deve ocorrer com antecedência mínima de 4 (quatro) dias.

O contrato deve prever a duração semanal do trabalho, bem como a quantidade diária de horas trabalhadas. Caso não haja a estipulação, prevalece o mínimo legalmente estabelecido, qual seja, 10 horas semanais, com labor mínimo de 3 horas por dia de convocação (FERNANDES, 2017).

O Princípio da condição mais benéfica também é aplicado na estipulação da duração da jornada do trabalho intermitente. Inexistindo estipulação da jornada semanal e diária no contrato de trabalho, caso a jornada habitualmente trabalhada seja superior ao patamar legal, não pode o empregador reduzir a duração da jornada ao patamar legal (FERNANDES, 2017).

De modo semelhante ao que ocorre em outros países europeus, a contratação do *Arbeit auf Abruf* apresenta uma maior previsibilidade quanto ao número de horas e dias trabalhados, estabelecendo a legislação patamar mínimo que deve ser observado na pactuação. Apesar de não haver indenização por disponibilidade na Alemanha, a previsão de jornada mínima semanal assegura patamar

remuneratório ao trabalhador, dando-lhe maior previsibilidade quanto à sua renda e à organização de sua rotina de trabalho.

Por outro lado, a antecedência de convocação no Direito alemão é inferior à regulamentação de outros países europeus, como a legislação portuguesa (20 dias). Comparando-se, todavia, com a previsão da Lei nº 13.467/2017, a Alemanha exige maior antecedência na convocação, conferindo, destarte, maior previsibilidade para os trabalhadores que laboram naquele país.

O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

Até a inserção do trabalho intermitente na ordem jurídica, as oscilações naturais de demanda por serviço eram reguladas por meio de outras modalidades contratuais.

No meio rural, o contrato de safra (art. 14, Parágrafo Único, da Lei nº 5.889/1973) atende a demandas intermentes, decorrentes de variações estacionais da produção, sendo considerado um embrião do trabalho intermitente no Brasil (CARVALHO, 2018a, p. 424). A legislação brasileira já regulamentava, portanto, o trabalho intermitente alternado¹⁴, no qual a atividade ou a intensidade dos serviços é sazonal ou de algum modo previsível.

A temática foi objeto de discussão nos Tribunais do Trabalho, em virtude da “jornada móvel e variável” adotada em alguns ramos de atividade, em especial por uma rede multinacional de alimentação rápida. A jornada então discutida assemelhava-se ao trabalho intermitente. O trabalhador era comunicado com antecedência mínima de dez dias do início da semana sobre sua jornada naquele período – que poderia oscilar de 8 a 44 horas semanais –, assegurando-se aos empregados a remuneração correspondente

14 A conceituação do trabalho intermitente alternado parte da diferenciação estabelecida pela legislação portuguesa, conforme explicitado no item 3.1 *supra*.

ao patamar mínimo de jornada (8 horas semanais).

Ao examinar a questão, a jurisprudência inclinou-se pela invalidade dessa modalidade de jornada, por considerar que a jornada “móvel e variável” retira, do empregado, a inserção na jornada clássica constitucional, impondo-lhe regime de trabalho deletério e incerto, subtraindo ademais o direito ao padrão remuneratório mensal mínimo (BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 3ª TURMA. RR-3990-35.2011.5.02.0421. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. DEJT 25/06/2015).

A questão chegou a ser discutida em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (Processo nº 9891900-16.2005.5.09.0004). Em sede de Recurso de Revista, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho julgou procedente a Ação Civil Pública para “determinar à reclamada que se abstenha de contratar e substitua a ‘jornada móvel variável’ por jornada fixa, em todas as suas lojas, obedecendo-se as previsões constitucionais e infraconstitucionais, inclusive quanto a possível trabalho extraordinário, garantindo, pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas. Na hipótese de descumprimento das determinações judiciais ora estipuladas, multa ao requerido de R\$ 100,00 (cem reais) por trabalhador contratado sob a modalidade ‘jornada móvel e variável’”.

Posteriormente, na pendência do Recurso de Embargos para a Subseção I de Dissídios Individuais (SbDI-I) do TST, a empresa celebrou, em outros autos (Processo nº 1040-74.2012.5.06.0011), acordo de âmbito nacional, em que se comprometeu a adotar jornadas fixas, ainda que por tempo parcial, para seus empregados. Com efeito, diante desse novo quadro fático, a SbDI-I do TST aplicou a OJ 358, I, e condenou a empresa ré ao pagamento do piso da categoria de forma

proporcional às horas trabalhadas.

Diante do exposto, a Lei nº 13.467/2017 procurou positivar uma modalidade contratual já adotada – ainda que com outras denominações – em alguns segmentos do mercado de trabalho. Apesar de trazer uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 13.467/2017 regulou o trabalho intermitente em apenas duas normas: o art. 443, § 3º e o art. 452-A da CLT. A generalidade da regulamentação foi esmiuçada pela Medida Provisória nº 808/2017, norma que também enfrentou alguns dos problemas práticos e conceituais relativos à implementação desse instituto no Brasil.

O objetivo da presente seção é conceituar o trabalho intermitente, bem como delinear seus aspectos gerais, com base na legislação em vigor (Lei nº 13.467/2017). Conquanto a vigência da Medida Provisória nº 808/2017 tenha-se encerrado em 22/04/2018, suas disposições serão analisadas naquilo que contribuem para a compreensão do conceito jurídico examinado.

Malgrado a divergência doutrinária sobre sua natureza jurídica¹⁵, prevalece o entendimento (CASSAR, BORGES, 2017, p. 45); (SILVA, 2018, p. 83) ; (ARAÚJO, 2018, p. 357) de que o trabalho intermitente é a modalidade contratual na qual a prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. Os períodos sem desempenho de atividades laborais poderão ser mais curtos - de horas ou dias - ou mais prolongados – de meses.

O objetivo é atender a necessidades de trabalho atreladas a fatos imprevisíveis, cuja ocorrência e duração não podem ser antevistas pelo empregador no momento

15 Há quem considere que, ao regular o trabalho intermitente, a Lei nº 13.467/2017 estabeleceu apenas uma nova modalidade de salário por unidade de obra (salário-tarefa). Cf. DELGADO; DELGADO, 2017, p. 155. As implicações desse entendimento serão analisados no item 5 *infra*.

da celebração do contrato de trabalho (ALVES, 2018, p. 36). O elemento essencial à conceituação do trabalho intermitente é, destarte, o caráter imponderável e variável da necessidade do serviço (SILVA, 2018, p. 84), que oscilará quanto à ocorrência e quanto à extensão (CARVALHO, 2018a, p. 424).

Tendo em vista a conceituação doutrinária do trabalho intermitente, decisões judiciais já invalidaram sua utilização em atividades permanentes da empresa. Considerou-se que o contrato de trabalho intermitente é uma modalidade de contratação excepcional, em atividade empresarial descontínua, devendo ser utilizada somente para situações específicas.¹⁶

De acordo com a regulamentação brasileira, quando surgir a demanda de serviço, o empregador convocará o empregado, com, no mínimo, três dias corridos de antecedência, informando-lhe a jornada a ser desempenhada (art. 452-A, §1º, CLT). O empregado terá um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa. A Medida Provisória nº 808/2017 havia alterado o prazo para 24 horas, de forma a permitir seu transcurso também durante finais de semana e feriados (SILVA, 2018, p.84); (SOUZA JUNIOR *et. al.*, 2018, p. 215).

Por expressa previsão legal, a recusa da oferta de serviço não autoriza o exercício do poder disciplinar patronal (art. 452-A, §3º, CLT). Trata-se de hipótese excepcional em que o empregado pode não exercer a atividade laboral solicitada pelo empregador, o que mitiga, ademais, o poder diretivo patronal (SILVA, 2018, p. 85).

Aceita a oferta, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que

16 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. 1ª Turma. Processo nº 0010454-06.2018.5.03.0097. Relator José Eduardo de Resende Chaves Júnior. Data de Julgamento: 29/10/2018.

seria devida, sendo permitida a compensação, a ser realizada em igual prazo. A imposição da multa tem sido questionada, por constituir uma sanção pecuniária a um empregado sem renda fixa – em virtude da própria conformação do trabalho intermitente (CASSAR, 2017, p. 215); (SILVA, 2018, p. 87).

Ademais, na hipótese de o empregador desistir da utilização da força de trabalho do empregado, haverá o recebimento apenas de 50% da remuneração. O tratamento legislativo é prejudicial ao empregado, que pode ter deixado de atender a outros chamados que lhe propiciariam renda maior do que os 50% que irá receber (SILVA, 2018, p.85).

Ao final de cada prestação de serviços, haverá o pagamento de todas as verbas devidas ao empregado em virtude do contrato de trabalho (art. 452-A, §6º, CLT): férias proporcionais + 1/3, gratificação natalina proporcional, repouso semanal remunerado, adicionais legais. O rol é exemplificativo, sendo devido o pagamento de outras parcelas aplicáveis, como adicional noturno, adicional de insalubridade/periculosidade (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 157). São também devidos eventuais adicionais e gratificações convencionais, em virtude da garantia de salário análogo, contida no art. 452-A, *caput*, CLT (SILVA, 2018, p. 84); (VEYGA, 2018, p. 36).

O pagamento imediato de parcelas que, nos contratos de trabalho tradicionais, tem seu adimplemento diferido no tempo (*p.e.*, férias e gratificação natalina) decorre da imprevisibilidade da próxima convocação no contrato intermitente (DELGADO, DELGADO, 2017, p.156). Assim, optou o legislador reformista por impor ao empregador o pagamento de todas as parcelas trabalhistas devidas – ainda que de forma proporcional e indenizada – ao final de cada prestação de serviços, como se houve uma extinção parcial do contrato ao final de cada período de atividade (CASSAR, 2017, p. 215 e 509).

A vagueza do termo “Ao final de cada período de prestação de serviço” impõe uma

adequada leitura da norma, em especial nos contratos intermitentes mais longos – com prestação de serviços superior a um mês. Faz-se necessária sua compatibilização com o art. 459 da CLT, que veda o pagamento em periodicidade superior à mensal, salvo para gratificação, percentual e comissão (CASSAR, BORGES, 2017, p. 46); (SILVA, 2018, p. 86). A delimitação da periodicidade máxima para pagamento dos trabalhadores intermitentes constou da Medida Provisória nº 808/2017, que inseriu o art. 452-A, §11, impondo a observância do art. 459 CLT.

O artigo 452-A, §9º, CLT assegurou ao trabalhador intermitente o direito a fruição de férias a cada 12 meses, período em que o empregador não poderá convocá-lo para prestar serviços. Pela literalidade da norma, as férias serão concedidas sem a remuneração correspondente, porquanto o trabalhador intermitente já recebeu os valores devidos a esse título após cada período de trabalho (VEYGA, 2018, p. 44). A dificuldade prática de imaginar-se a efetiva fruição desse período de descanso sem a remuneração respectiva – em descompasso com o art. 7º, XVII, CF – leva parcela da doutrina a entender devido o pagamento de 30 dias de férias, acrescido do terço constitucional, ao trabalhador intermitente (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 157).

Apresentado o conceito de trabalho intermitente no Brasil, impõe-se, agora, diferenciá-lo de outras modalidades contratuais, como o contrato de trabalho por jornada parcial, o contrato de trabalho temporário e o contrato de trabalho por tempo determinado.

O contrato de trabalho por jornada parcial previsto no art. 58-A CLT visa a atender uma demanda regular de trabalho, havendo fixação de jornada e de horários fixos, estipulados no momento da contratação. Assim, não há nesse contrato de trabalho alternâncias significativas de periodicidade e de duração da atividade laborativa. Diferentemente do trabalho intermitente,

não se verifica a situação de insegurança do trabalhador quanto à organização de sua rotina e à renda mensal a ser auferida.

O contrato de trabalho temporário atende à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviço – decorrente de fatores previsíveis ou imprevisíveis (periódicos, sazonais ou intermitentes) (art. 2º da Lei nº 6.019/1974). A principal característica específica dessa modalidade de contratação é seu caráter triangular, em virtude da intermediação realizada pela empresa de trabalho temporário (art. 4º da Lei nº 6.019/1974). Ademais, a utilização da força de trabalho de um mesmo empregado pela empresa tomadora tem duração máxima por ano de 180 dias consecutivos ou não – prorrogável por mais 90 dias (art. 10 da Lei nº 6.019/1974) –, o que não ocorre no trabalho intermitente.

O contrato de trabalho por prazo determinado, por sua vez, é permitido nas hipóteses legalmente autorizadas pelo art. 443, §2º, CLT, relacionadas à transitoriedade dos serviços prestados, da atividade empresarial e ao contrato de experiência. Assim, essa modalidade contratual não se destina a serviços em que haja alternância entre períodos de atividade e de inatividade. A legislação procura, outrossim, evitar a realização de sucessivos contratos por prazo determinado ou mesmo seu prolongamento no tempo, sob pena de ser formado vínculo de emprego por prazo indeterminado (arts. 445 e 451 CLT).

RUPTURA DE PARADIGMAS

A partir da descrição realizada, é possível perceber algumas novidades constantes da regulação do trabalho intermitente. Algumas delas revelam-se inconsistentes com conceitos e normas anteriormente existentes no Direito do Trabalho brasileiro. O objetivo do presente tópico é analisar as inovações relativas ao

contrato intermitente, identificando os desafios e as rupturas de paradigmas trazidas pela nova regulamentação. Para tanto, são destacados seis aspectos mais controversos sobre do trabalho intermitente.

PRESSUPOSTO FÁTICO-JURÍDICO DA NÃO EVENTUALIDADE

O primeiro aspecto refere-se à não eventualidade como pressuposto fático-jurídico da relação de emprego (art. 3º CLT). À exceção do trabalho doméstico – que incorporou a teoria da descontinuidade (art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015) –, o conceito de não eventualidade difere da noção de continuidade. Ou seja, a não eventualidade poderá estar presente ainda que a necessidade das atividades laborais não seja contínua (BARROS, 2016, p. 175), mesmo porque a ordem jurídica autoriza o contrato de trabalho por tempo parcial (art. 58-A CLT).

O pressuposto da não eventualidade impõe que o trabalho prestado tenha caráter de permanência – ainda que por um curto período –, não podendo a atividade ser meramente esporádica. O empregado deve exercer suas atividades com ânimo definitivo, havendo expectativa de retorno àquela atividade (DELGADO, 2017, pp.317-320).

A doutrina elenca três teorias que devem ser utilizadas em conjunto para identificar a distinção entre a relação empregatícia e a relação de trabalho não eventual: (I) teoria do evento; (II) teoria dos fins do empreendimento; (III) teoria da fixação jurídica.

A teoria do evento identifica o trabalho eventual como aquele prestado em razão de algum fato específico e determinado, findando tão logo deixe de existir seu motivo ensejador. Não se trata, assim, de um fato reiterado ou de longa duração no tempo – o que poderia levar à configuração da relação de emprego –, mas sim de evento esporádico e incerto (RUSSOMANO, 1990, p. 12).

A teoria dos fins do empreendimento define o trabalhador eventual como aquele que não se insere no âmbito das atividades rotineiras e normais do empregador, exercendo atividades acessórias ao empreendimento (BARROS, 2016, p. 148).

Por fim, a teoria da fixação jurídica conceitua o trabalhador eventual como aquele que não se vincula a um único tomador de serviços, desenvolvendo suas atividades para destinatários que variam no tempo (DELGADO, 2017, p. 317).

Diante de todo o exposto, a não eventualidade pressupõe uma expectativa de retorno, por parte do trabalhador, aos serviços prestados ao empregador. A atividade laboral exerce-se, assim, em caráter de permanência, ainda que de modo descontínuo – por haver lapsos em que a atividade não é exercida.

A contrário senso, eventual é o trabalho que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, tem destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 72).

No trabalho intermitente, não há, de forma plena, a expectativa de retorno inerente à não eventualidade. Isso porque inexistente qualquer obrigação de o empregador convocar o empregado para prestar serviços intermitentes (JOÃO, 2018, p. 41). O trabalho intermitente apresenta, assim, certo grau de imprevisibilidade em sua realização (CASSAR, 2017, p. 125), o que o aproxima do fato incerto e esporádico utilizado pela doutrina para conceituar o trabalho eventual.

Por isso, há quem diga que, ao admitir a existência de vínculo de emprego no contrato intermitente, o legislador flexibilizou o conceito de não eventualidade previsto no art. 3º da CLT (SILVA, 2018, p. 83). A flexibilização conceitual evidencia-se no próprio relatório legislativo analisado

no tópico 2 deste artigo, que destacou, como um dos objetivos da nova legislação, a regulamentação por meio do Direito do Trabalho de relações jurídicas antes mantidas à sua margem, como os “bicos” e os trabalhos informais (VEYGA, 2018, p. 39).

EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE PELO DECURSO DO PRAZO

Como não há qualquer ônus financeiro durante o período de inatividade, é possível que o contrato perdure por anos sem qualquer convocação e sem a extinção do vínculo (SILVA, 2018, p. 85). A situação fática de manutenção duradoura do vínculo sem trabalho e sem salário não se mostra adequada para atender às demandas empresariais de produção e à necessidade do trabalhador de obter renda para sustentar a si e a sua família. Trata-se, em verdade, de um não contrato (SILVA, 2018, p. 83), porquanto não são assegurados os direitos ao trabalho, à remuneração justa e à existência digna, previstos no art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A Medida Provisória nº 808/2017 havia enfrentado a questão ao prever que, transcorrido o lapso temporal de um ano sem chamamento para prestar serviços, haveria a extinção do contrato de trabalho intermitente (art. 452-D CLT), com o pagamento das verbas rescisórias do art. 452-E CLT.

A norma em questão fixou as verbas rescisórias devidas de forma idêntica à hipótese da extinção do contrato por acordo entre as partes (art. 484-A, CLT). Contudo, como no trabalho intermitente ocorre a “extinção parcial do contrato” (CASSAR, 2017, pp. 215 e 509) ao final de cada período de prestação de serviços – momento em que percebe, de forma proporcional, todas as verbas que lhe seriam devidas –, o trabalhador receberá, ao final do contrato, apenas metade do aviso prévio de forma indenizada e a indenização de 20% do saldo

de seu FGTS.

É passível de questionamento a opção legislativa pela aplicação ao trabalho intermitente do mesmo raciocínio da extinção do contrato por acordo das partes (SILVA, 2018, p. 88). Isso porque a extinção do contrato de trabalho dá-se pela ausência de convocação do empregador, o qual mostra desinteresse em demandar a realização de serviços pelo empregado.

A demanda de trabalho é uma prerrogativa patronal decorrente de seu poder diretivo. Todavia, o contrato intermitente rompe com a perspectiva tradicional dos poderes patronais no contexto da relação de emprego, em especial quando se trata da convocação para prestar serviços.

Assim, seria mais adequado pensar em rescisão contratual por iniciativa patronal, ensejando o pagamento das verbas inerentes à dispensa sem justa causa, com as devidas adequações às peculiaridades do contrato de trabalho intermitente.

TEMPO À DISPOSIÇÃO. ALTERIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

O modo de produção capitalista emergido das Revoluções Industriais rompeu com a tradição europeia de produção artesanal. Nesta, o artífice detinha os meios de produção – compartilhados, em regra, com outros produtores, em formas embrionárias de organização que dariam ensejo à formação, num segundo momento, das corporações de ofício – e auferia renda pela venda das peças por ele fabricadas.¹⁷

17 Progressivamente, em especial na Baixa Idade Média, houve um descolamento entre a posse dos meios de produção – mantida pelos Mestres – e o trabalho nas corporações de ofício – que ficava a cargo de Jornaleiros e Aprendizizes. Assim, nesse período, já se divisa o início da formação da burguesia e do proletariado, que será consolidada após as Revoluções Industriais. Para maiores informações sobre o tema, Cf. BURNS, 1965, Capítulo 13, Item 4.

O modelo emergido da Revolução Industrial precisava, destarte, recriar nos empregados o compromisso pleno do artesão com a sua produção (BAUMAN, 2005, p. 21 apud CARVALHO, 2018b, p. 37). A necessidade de engajamento da classe operária em um processo produtivo cujo resultado não lhe pertenceria fez-se pelo pagamento de salários em troca da força de trabalho utilizada (CARVALHO, 2018b, p. 37).

Nesse contexto, estabeleceu-se uma relação jurídica baseada na reciprocidade. O empregado abria mão da disponibilidade total sobre as horas de seu dia para produzir em favor do detentor dos meios de produção. Em troca, tinha a certeza de que receberia os recursos necessários para financiar o seu período de *otium*¹⁸, ou seja, seu tempo sem trabalho dedicado a atividades pessoais (CARVALHO, 2018b, p. 37).

Assim, o Direito do Trabalho estruturou-se de modo a remunerar o trabalhador não apenas pelas atividades efetivamente prestadas, mas também por todo o período em que empregado permanece à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens (art. 4º CLT). Trata-se de previsão normativa que evidencia a alteridade nas relações de emprego, porquanto cabe ao empregador assumir os riscos do empreendimento (art. 2º CLT), efetuando o pagamento da remuneração dos trabalhadores independentemente dos resultados e das variações da atividade empresarial.

A conceituação do trabalho intermitente rompe, contudo, com a premissa

18 A expressão “otium” não coincide com o conceito popular difundido da palavra ócio. Trata-se, na verdade, de expressão ideal do tempo livre, no qual o trabalhador poderia dedicar-se a atividades produtivas para si e não para a atividade econômica. Ou seja, a expressão abarcaria os momentos dedicados a atividades familiares, sociais, culturais, religiosas e pessoais desvinculadas do processo de produção. Para maiores desenvolvimentos acerca do tema, Cf. BAGOLINI, 1997, p. 55 apud CARVALHO, 2018b, p. 37.

do tempo à disposição. Isso porque o art. 452-A, §5º, CLT expressamente prevê que o período de inatividade não é considerando tempo à disposição do empregador, podendo o empregado prestar seus serviços para outros empregadores. Inexistindo tempo à disposição, não são devidos os salários e os benefícios decorrentes do vínculo de emprego. Por essa razão, o contrato intermitente pode ser visto como um simples cadastro de empregados (SILVA, 2018, p.83).

Conquanto a legislação afaste a incidência do tempo à disposição no contrato intermitente, esse conceito permanece aplicado na realidade contratual, mas sem a correspondente remuneração (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 154). Em um contexto contratual marcado pela subordinação e pela assimetria, não se vislumbra a completa autonomia do trabalhador para recusar os chamados do empregador para a prestação de serviço (SILVA, 2018, p. 84). Caso adote essa conduta de forma reiterada, é evidente que o empregado passará a ser negligenciado em eventuais chamadas futuras e poderá permanecer com esse liame jurídico vigente de forma indefinida, mas de forma zerada (SILVA, 2018, p. 85) – sem prestação de serviços e a contraprestação respectiva.

Assim, na prática, o empregado continua à disposição dos chamados patronais ainda que eles não venham a concretizar-se (CASSAR, 2017, p. 508). Com efeito, preserva-se a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os seus efeitos jurídicos remuneratórios correlatos (DELGADO, DELGADO, 2017, p. 154). Trata-se, em verdade, de uma terceira espécie de tempo na vida do empregado – para além do tempo de trabalho e do tempo livre –, porquanto não é utilizado efetivamente para a atividade laborativa, mas não pode ser dedicado integralmente à vida pessoal do trabalhador (NOGUEIRA, 2017, p.130).

Além disso, ao isentar o empregador do pagamento da remuneração durante os períodos de inatividade, a legislação acaba

transferindo ao trabalhador os riscos do empreendimento (CASSAR, 2017, p. 509); (VEYGA, 2018, p. 43). A imprevisibilidade da atividade empresarial – sujeita a variações da demanda produtiva e a retrações do mercado consumidor – não será suportada pelo empregador, que poderá reduzir seus custos por meio da não convocação e do não pagamento dos salários de seus empregados. O ônus será arcado pelo trabalhador que ficará sujeito ao ócio indesejado e à insegurança de não conseguir prover sua subsistência por meio daquele vínculo de emprego.

Diante do exposto, o contrato de trabalho intermitente insere uma modalidade de disponibilidade permanente do empregado, sem a certeza do pagamento da remuneração correspondente – ou seja, sem a reciprocidade que existia na base do modelo de produção capitalista (CARVALHO, 2018b, p. 38). Assim, transfere ao empregado o risco da oscilação natural da demanda de serviço, que compõe o risco da atividade econômica e deve, portanto, ser assumido pelo empregador (art. 2º CLT) (CARVALHO, 2018a, p. 425).

PRESSUPOSTO FÁTICO-JURÍDICO DA SUBORDINAÇÃO. PODERES DO EMPREGADOR

A subordinação jurídica (art. 3º CLT) é o elemento peculiar que distingue a relação de emprego das demais relações jurídicas existentes no ordenamento jurídico. Consiste no comprometimento do trabalhador, decorrente do liame contratual que limita sua autonomia da vontade, de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará (DELGADO, 2017, p. 324).

Por sua própria definição, a subordinação jurídica tem relação intrínseca com os poderes empregatícios, direcionados à orientação das atividades desempenhadas no âmbito laboral (DELGADO, 2017, p. 325). Além dos poderes fiscalizatório e regulamentar,

os poderes diretivo e disciplinar são considerados as duas principais dimensões do poder interempresarial (DELGADO, 2017, p. 750).

O poder diretivo consiste na capacidade patronal de dirigir a organização da estrutura e espaço empresariais internos, definindo o processo de trabalho adotado, especificando e orientando cotidianamente a prestação de serviços (DELGADO, 2017, p. 751). Já o poder disciplinar consiste na autorização outorgada ao empregador de impor sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais (DELGADO, 2017, p. 756).

No que tange ao trabalho intermitente, sua conceituação coloca em questão o alcance dos poderes patronais de direção e de aplicação de sanções. Sendo a prerrogativa de exigir a realização de trabalho uma premissa básica do poder diretivo, mostra-se difícil compatibilizar o conceito clássico dos poderes empregatícios e a possibilidade de o empregado recusar o chamado patronal para prestação de serviços (art. 452-A, §3º, CLT) (SILVA, 2018, p. 85). Com efeito, no contrato de trabalho intermitente, pode-se vislumbrar a existência de uma subordinação jurídica condicional ao aceite do chamado patronal (JOÃO, 2018, p. 45).

Atenuada a dimensão do poder diretivo e da subordinação jurídica no contrato intermitente, há a mitigação do próprio poder disciplinar patronal. Isso porque o campo de aplicação de medidas disciplinares por parte do empregador acaba diminuído, não sendo cabível a aplicação de sanções por insubordinação na hipótese de recusa de atendimento do chamado para o trabalho (art. 482, “h”, CLT).

PRESSUPOSTOS FÁTICO-JURÍDICOS DA ONEROSIDADE

A onerosidade é pressuposto inerente à relação de emprego e distingue-a da relação

de trabalho voluntário (Lei nº 9.608/98). Refere-se ao sinalagma existente entre prestação de serviços e a contraprestação – pecuniária (art. 457 CLT) e/ou em espécie (art. 458 CLT).

No contrato de trabalho intermitente, a onerosidade não é elemento essencial para a existência e continuação da relação de emprego. Isso porque inexistente a obrigação patronal de convocar o empregado para prestar serviços e, conseqüentemente, por inexistir trabalho, não há obrigação de pagamento da contraprestação pactuada.

Não se assegura, portanto, o pagamento do salário-mínimo ao trabalhador intermitente, mas apenas o salário-mínimo por hora efetivamente laborada. A não garantia da renda mínima mensal necessária ao trabalhador para manter a si e a sua família torna-se ainda mais drástica no contexto da legislação brasileira. Isso porque o empregado não tem previsibilidade do número de hora que serão trabalhadas no mês e não recebe qualquer valor a título de indenização por disponibilidade.

É cediço que o pagamento de salário-mínimo proporcional à jornada é considerado constitucional pela jurisprudência, como se nota da OJ 358, I, da SDI-I do TST. Contudo, esse entendimento foi consolidado para casos de jornada parcial fixa, em que há maior previsibilidade por parte do trabalhador em relação ao número de horas laboradas e à renda que será auferida. Trata-se, pois, de situação diversa daquela enfrentada pelos trabalhadores intermitentes.

A situação dos trabalhadores intermitentes pode ser questionada à luz da garantia constitucional de recebimento do salário-mínimo e do atendimento de todas as necessidades do emprego (art. 7º, IV, CF) (SILVA, 2018, p. 84). Em virtude da insegurança remuneratória, há quem defenda que a legislação equiparou o empregado intermitente ao autônomo (CASSAR, 2017, p. 215).

Em razão da incongruência entre o trabalho intermitente e a garantia constitucional de percepção salário-mínimo, existe entendimento doutrinário que interpreta o trabalho intermitente não como uma modalidade de contrato de trabalho, mas sim como modalidade de salário por unidade de obra (DELGADO, ; DELGADO,, 2018, p. 155). Com efeito, o reconhecimento da natureza jurídica de modalidade de salário implica que o trabalhador intermitente terá assegurado o salário mínimo mensal – ainda que não preste serviços durante 220 horas por mês –, pois a Constituição assegura a percepção de salário mínimo nas hipóteses de remuneração variável (art. 7º, VII, CF).¹⁹

A posição doutrinária em comento aplica ao trabalhador intermitente o entendimento jurisprudencial – aplicável aos servidores públicos – no sentido de que não é lícita a percepção de vencimentos inferiores ao salário mínimo, ainda que o labor ocorra em jornada por tempo parcial. Trata-se de entendimento consolidado tanto pelo Supremo Tribunal Federal (*p.e.*, AI 815.869 AgR e ARE 663068), quanto pelo Tribunal Superior do Trabalho (OJ 358, II). Contudo, esse entendimento não é atualmente aplicado aos empregados celetistas – como evidenciado pela OJ 358, I, do TST –, em relação aos quais é admissível o pagamento de salário-mínimo proporcional.

Os defensores da reversão desse posicionamento argumentam que houve uma alteração no cenário jurídico, a ensejar uma mudança na interpretação da norma. Segundo eles, até a edição da Lei nº 13.467/2017, a percepção de remuneração inferior ao salário-mínimo era residual. A regulamentação do contrato de trabalho intermitente modificou esse cenário, generalizando a possibilidade

19 A propósito, o posicionamento doutrinário ora analisado também encontra-se refletido na decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo nº 9891900-16.2005.5.09.0004, que tratou da jornada “móvel e variável” adotada por uma rede multinacional de alimentação rápida. Para maiores informações sobre o caso, *Cf.* tópico 4 *supra*.

de recebimento de montante inferior ao salário mínimo nas relações de emprego. Desse modo, seria cabível a revisão da interpretação jurisprudencial anterior, de modo a dar máxima efetividade ao artigo 7º, incisos IV e VII, da CF.

A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A questão previdenciária é outro tema de preocupação no trabalho intermitente. Devido à incerteza sobre a remuneração mensal a ser recebida, é possível que o trabalhador intermitente receba quantia inferior ao salário mínimo e, por consequência, o empregador realize recolhimentos previdenciários inferiores ao mínimo. Como a Previdência Social não pode conceder benefícios que substituam o salário em patamar inferior ao salário mínimo (art. 201, §2º, CF), surge controvérsia sobre eventuais benefícios previdenciários concedidos aos trabalhadores intermitentes.

Para tentar solucionar essa controvérsia, a Medida Provisória nº 808/2017 inseriu o art. 911-A da CLT. A norma determinava que o empregado deveria recolher a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, sob pena de não ter aquele mês considerado para fins de aquisição ou manutenção da condição de segurado. A disposição em comento não se mostra, contudo, compatível com as normas de custeio da Previdência Social.

A legislação previdenciária, de fato, prevê o recolhimento da diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal na hipótese do contribuinte individual que presta serviços a empresas. A legislação exige que o tomador realize o recolhimento previdenciário sobre o serviço prestado, cabendo ao prestador dos serviços complementar o recolhimento até o montante do salário mínimo, caso o serviço prestado naquele mês tenha valor inferior ao mínimo

legal (arts. 4º e 5º da Lei nº 10.666/2003). A opção legislativa por esse critério decorreu, no caso, da dificuldade de mensuração do rendimento do contribuinte individual, que é, em regra, profissional liberal (IBRAHIM, 2018).

No entanto, a situação do trabalhador intermitente é diversa daquela prevista na norma previdenciária. Sendo enquadrado como segurado obrigatório da Previdência Social (art. 12, I, Lei nº 8.212/91), o trabalhador intermitente beneficia-se da presunção de recolhimento das contribuições previdenciárias (art. 34, I, Lei nº 8.212/91).

Ademais, a existência de recolhimentos previdenciários inferiores ao salário-mínimo por parte de segurados obrigatórios não é nova na realidade da Previdência Social, ocorrendo, por exemplo, nos contratos de trabalho de jornada parcial. Nesses casos, se o salário de contribuição for inferior ao salário mínimo, não se exige qualquer contribuição adicional, computando-se para todos os efeitos previdenciários o mês trabalhado.²⁰ Aplica-se, no particular, o art. 28, §3º, da Lei nº 8.212/91, que define o limite mínimo para o salário de contribuição de forma proporcional à jornada trabalhada, “tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês.”

A exigência de contribuição adicional, conforme preconizado pela Medida Provisória nº 808/2017, acabaria por impedir a inclusão de considerável número de trabalhadores na cobertura da Previdência Social, em contradição com o Princípio da Universalidade (art. 201, Parágrafo Único, CF). Isso porque dificilmente o trabalhador intermitente, já premido pela baixa remuneração recebida, teria condições financeiras de destinar parte

20 Solução idêntica é prevista no Direito italiano. Nos casos em que haja a previsão de uma indenização por disponibilidade, não se aplica o mínimo de contribuição previdenciária, sendo computado o mês para todos os efeitos previdenciários. Cf. NOGUEIRA, 2017, p. 143.

adicional de seus rendimentos para o custeio da Previdência Social (VEYGA, 2018, pp. 46-47).

CONCLUSÕES

A introdução do trabalho intermitente na ordem jurídica insere-se nesse processo de alegada modernização das normas trabalhistas para atender às necessidades produtivas do mundo globalizado. Ademais, o instituto foi concebido com a intenção de possibilitar a ampliação de postos de trabalho e a redução do número de desempregados no país.

O trabalho intermitente não é uma figura prevista unicamente no Brasil, já encontrando regulamentação em diversos países, como Portugal, na Espanha, na Itália, na França, na Alemanha e no Reino Unido. A regulamentação nacional, contudo, deixou de assegurar diversas proteções constantes da legislação estrangeira, como a previsão de jornada mínima semanal e a indenização por disponibilidade. Apesar de trazer uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 13.467/2017 regulou o trabalho intermitente em apenas duas normas: o art. 443, § 3º e o art. 452-A da CLT.

O trabalho intermitente é modalidade contratual na qual a prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. O objetivo é atender a necessidades de trabalho atreladas a fatos imprevisíveis, cuja ocorrência e duração não podem ser antevistas pelo empregador no momento da celebração do contrato de trabalho.

O trabalho intermitente coloca em dúvida diversas concepções tradicionais do Direito do Trabalho. Como inexistente qualquer obrigação de o empregador convocar o empregado para prestar serviços intermitentes, não há nessa modalidade contratual a expectativa de retorno inerente ao pressuposto fático-jurídico da

não eventualidade (art. 3º CLT). De igual modo, a onerosidade deixa de ser um elemento essencial, porquanto não havendo convocação e trabalho, não há obrigação de pagamento da contraprestação pactuada. Mostra-se difícil, ademais, compatibilizar o conceito clássico dos poderes empregatícios e a possibilidade de o empregado recusar o chamado patronal para prestação de serviços (art. 452-A, §3º, CLT).

Rompe-se com a premissa do tempo à disposição, pois o período de inatividade não é considerado tempo à disposição do empregador (art. 452-A, §5º, CLT). Em um contexto contratual marcado pela subordinação e pela assimetria, não se vislumbra a completa autonomia do trabalhador para recusar os chamados do empregador para a prestação de serviço. Assim, na prática, o empregado continua à disposição dos chamados patronais ainda que eles não venham a concretizar-se, preservando-se a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os seus efeitos jurídicos remuneratórios correlatos.

Ainda é cedo para se estabelecer o impacto da normatização do trabalho intermitente no Brasil, em especial seus efeitos na redução da taxa de desemprego e no incremento da competitividade – resultados esperados pelo Poder Legislativo quando da edição da Reforma Trabalhista. No que tange ao trabalho intermitente, para além de questionamentos sobre a adequação do instituto aos princípios e normas do Direito do Trabalho, a regulamentação genérica tende a dificultar sua utilização no mercado de trabalho, já que aumenta os riscos na utilização dessa modalidade contratual e não permite ao empregador mensurar, de forma precisa, os custos de sua utilização na dinâmica empresarial.

Referências

1 EM CADA 4 TRABALHADORES É SUBUTILIZADO NO BRASIL, DIZ IBGE. Folha de São Paulo. São Paulo, 30 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/subutilizacao-da-forca-de-trabalho-bate-recorde-no-primeiro-trimestre-diz-ibge.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2020.

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Síntese**, v. XXIX. n. 346. abr. 2018.

AMORIM, Daniel. **PIB sobe 1% no 1º Trimestre após oito quedas consecutivas**. Rio de Janeiro: Estadão, 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-sobe-1-0-no-1-trimestre-apos-oito-quedas-consecutivas,70001821658>. Acesso em: 19 nov. 2020.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 84. n. 1. jan./mar. 2018.

ALVARENGA, Darlan; SILVEIRA, Daniel. PIB do Brasil cresce 1,1% em 2019, menor avanço em 3 anos. G1, Rio de Janeiro, 04 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/04/pib-do-brasil-cresce-11percent-em-2019.ghtml>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BAGOLINI, Luigi. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de Barros. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

CAMERA, Roberto. **Dottrina per il lavoro**: veri ca delle giornate di Lavoro

Intermittente. 2016. Disponível em: <http://www.dottrinalavoro.it/contratti-c/lavoro-intermittente-c/dottrina-per-il-lavoro-sono-utili-le-dimissioni-online>. Acesso em: 19 nov. 2020.

CARVALHO, Augusto César Leite. **Direito do Trabalho**: curso e discurso. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018a.

CARVALHO, Augusto César Leite. **Princípios de direito do trabalho**: sob a perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2018b.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

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

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermittente – trabalho “zero hora” – trabalho fixo descontinuo: a nova legislação e a reforma da reforma. **Revista LTr**, v. 82. n1. jan. 2018.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FERNANDES, Paulo Roberto. **A Figura do contrato de trabalho intermitente do PL nº 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) à luz do direito comparado**. 2017. Disponível em <http://ostrabalhistas.com.br/figura-do-contrato-de-trabalho-intermittente-do-pl-no-6-7872016-reforma-trabalhista-luz-do-direito-comparado/>. Acesso em: 19 nov. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **O recolhimento previdenciário dos segurados empregados no trabalho intermitente**. 2018. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/s/120,MI291564,110490+recolhimento+previdenciario+dos+segurados+empregados+no+contrato>. Acesso em: 19 nov. 2020.

br/s/120,MI291564,110490+recolhimento+previdenciario+dos+segurados+empregados+no+contrato. Acesso em: 19 nov. 2020.

JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, n. 346, abr. 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 51, p. 127-147, jul./dez. 2017.

RELATÓRIO DA COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS. SENADO FEDERAL. Senado Federal. Brasília, 20 jun. 2017 – Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/reforma-trabalhista-paulo-paim.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Medida Provisória nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

VEYGA, Aloysio Correa. Reforma trabalhista e trabalho intermitente. In: TUBINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio

Rodrigues (coord.). **A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VILLAS BÔAS, Bruno. **Inflação atinge 10,67% em 2015 e estoura teto da meta do governo**. São Paulo: Folha de São Paulo, 08 jan. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/01/1727284-inflacao-sobe-1067-em-2015-e-estoura-teto-da-meta-do-governo.shtml#:~:text=08%3A41%20%2D03-,Infla%C3%A7%C3%A3o%20atinge%2010%2C67%25%20em%202015%20e%20estoura,teto%20da%20meta%20do%20governo>. Acesso em: 19 nov. 2020.