

# **A (IM)POSSIBILIDADE DO TRABALHO POR MAIS DE DOIS DIAS POR SEMANA DO TRABALHADOR INTERMITENTE.**

*Danilo Gaspar<sup>5</sup>*

Sumário: 1. Introdução. 2. Diferença entre texto e norma: uma visão alocentrista da interpretação. 3. Diferença entre não-eventualidade e continuidade. 4. O trabalho intermitente como um trabalho de natureza não contínua. 5. Consequências jurídicas de contrato de

---

<sup>5</sup> Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Ex-Juiz do Trabalho do TRT da 22ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (Curso Preparatório para Carreira Jurídica JUSPODIVM - Salvador/BA). Bacharel em Direito (Faculdade Ruy Barbosa - Salvador/BA). Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

trabalho intermitente com prestação de serviços de natureza contínua. 6. Conclusão. 7. Referências.

## **1. Introdução.**

O contrato de trabalho intermitente, criado, no Brasil, pela Lei n. 13.467/2017, vem despertando diversos questionamentos, inclusive sob a ótica de sua (in)constitucionalidade, o que revela, assim, uma necessidade constante de reflexões sobre sua essência, seus limites e suas possibilidades.

Neste breve trabalho, se pretende refletir acerca da existência ou não de uma limitação temporal da periodicidade do trabalho intermitente, tendo em vista não apenas uma previsão legal expressa que leva a esta reflexão, mas também a essência do próprio instituto.

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, as reflexões e propostas ora apresentadas se destinam a alimentar e fomentar o debate plural, democrático e necessário para que os destinatários da Lei n. 13.467/2017 possam, independente do texto, estarem diante de uma verdadeira norma jurídica.

## **2. Diferença entre texto e norma: uma visão alocentrista da interpretação.**

Quando a sociedade se depara com uma nova fonte formal do Direito, sobretudo quando se trata de uma fonte formal heterônoma (criada por terceiro, estranho aos destinatários do texto), como é o caso da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, há uma ânsia, natural, diga-se de passagem, de recebê-la como um produto acabado e pronto para colocar em prática.

Necessário, contudo, compreender que, após publicada, uma Lei Ordinária (que tem por objetivo regular matérias de competência do Poder Legislativo e precisa da sanção do presidente da República), como é o caso da Lei n. 13.467/2017, encerra apenas seu processo legislativo. Tem-se, a partir daí, um texto, este sim, até alteração posterior, pronto e acabado<sup>6</sup>.

Por outro lado, este mesmo texto é apenas e tão somente o ponto de partida da norma jurídica. A norma jurídica, por sua vez, é o resultado do processo de interpretação que se faz com relação a um determinado texto.<sup>7</sup>

Assim, fundamental dizer que a noção de norma jurídica exige um binômio texto + interpretação.<sup>8</sup> Portanto, diante de um determinado texto, os intérpretes legítimos para tanto (e a legitimidade para o processo interpretativo, atualmente, deve ser entendida e estendida a todo e qualquer cidadão destinatário, direta ou indiretamente, do texto a ser interpretado) precisam, a partir de todos os métodos interpretativos existentes (gramatical, finalístico, histórico, lógico, sistemático, conforme à constituição, conforme os direitos fundamentais, entre outros), atribuir o sentido e o alcance ao referido texto que mais o aproxime da realidade social.

Interpretar, pois, não é um fim, é um instrumento de atribuição (não se pode dizer que interpretar é extrair o sentido e o alcance de um texto, já que só se pode extrair conteúdo de

---

<sup>6</sup> “O Direito é, portanto, o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte que ele nunca é algo dado, pronto, pré-estabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito e acabado. O Direito, em verdade, é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.” (PASSOS, J.J Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-4)

<sup>7</sup> “Também o Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são apenas possibilidades e expectativas. O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.” (PASSOS, J.J Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23)

<sup>8</sup> “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.”. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30)

algo que o tenha, o que não é o caso de um mero texto publicado, que é vazio de conteúdo normativo) de sentido (o melhor possível) e alcance (o melhor possível) a um determinado texto.

Quando se propõe, aqui, o melhor sentido possível e o melhor alcance possível, não se trata, ressalte-se, de uma proposta egocentrista, mas sim alocentrista, tendo, assim, a sociedade (aproximação do Direito da realidade social), de interpretação.

Diante do texto publicado no DOU em 14/07/2017, que entrou em vigor em 11/11/2017, tombado sob o número 13.467/2017 e denominado de Reforma Trabalhista, se apresenta (e deve se apresentar sempre) uma sociedade aberta, plural e democrática de intérpretes, consciente de seu dever interpretativo (papel ativo, que não se resume ao papel de mero aplicador de um texto<sup>9</sup>) e disposta<sup>10</sup> a, repita-se, atribuir ao texto da Lei n. 13.467/2017, um sentido e um alcance capaz de aproximá-lo da realidade social que, no caso específico do Direito do Trabalho, é uma realidade pautada na necessidade de preservação da dignidade do ser humano trabalhador (art. 1º, III, da CRFB/88<sup>11</sup>) e na necessidade de equilíbrio social entre o capital (valores sociais da livre iniciativa) e o trabalho (valores sociais do trabalho), tal qual proposto, em um pacto Republicano, pelo artigo 1º, IV, da CRFB/88, como fundamentos da República Federativa do Brasil.

---

<sup>9</sup> Charles Chaplin, em “O Último Discurso”, já pronunciava: “Juízes, não sois máquinas! Homens é o que sois!”.

<sup>10</sup> “Cria-me, a pior desgraça que poderia ocorrer a um magistrado seria pegar aquela terrível doença dos burocratas que se chama conformismo. É uma doença mental semelhante à agorafobia: é o pavor da independência própria, uma espécie de obsessão, que não espera as recomendações externas, mas precede-as, que não se dobra às pressões dos superiores, mas as imagina e satisfaz antecipadamente.” (CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes, vistos por um advogado. Tradução de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 279).

<sup>11</sup> “Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade da pessoa humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.” (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31).

É justamente neste sentido que este trabalho busca, sem nenhum caráter exaustivo, repita-se, interpretar o art. 443, §3º, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, especificamente quanto à expressão “não é contínua”, de modo a aproximá-lo da realidade social.

### 3. Diferença entre não-eventualidade e continuidade.

Prevê o artigo 3º, caput, da CLT que “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços *de natureza não eventual* a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”. Por sua vez, previa o art. 1º da Lei n. 5.859/72, antigo diploma regulamentador do trabalho doméstico, que “Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços *de natureza contínua* e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.”, dispositivo que vigorou, no Brasil, até o advento da Lei Complementar n. 150/2015, quando entrou em cena o seu art. 1º, trazendo, de forma inédita, no Brasil, um critério objetivo do que venha a ser considerado trabalho de natureza contínua: “Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que *presta serviços de forma contínua*, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, *por mais de 2 (dois) dias por semana*, aplica-se o disposto nesta Lei.”.

Não por outra razão, para se chegar ao conceito de não-eventualidade (tendo em vista o art. 3º da CLT), a doutrina trabalhista nacional, historicamente, apresenta algumas teorias (teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria da fixação jurídica e teoria dos fins do

empreendimento) que buscam definir o conceito do referido instituto, até porque “o conceito de não-eventualidade é, porém, uma dos mais controvertidos do Direito do Trabalho”.<sup>12</sup>

Neste sentido, a teoria da descontinuidade tenta encontrar o conceito de trabalho não-eventual através do conceito de trabalho descontínuo. Para essa teoria, “[...] eventual seria o trabalho descontínuo e interrompido com relação ao tomador focado – portanto, um trabalho que se fracione no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática”.<sup>13</sup>

Todavia, através de uma comparação entre o texto da CLT e o texto da Lei que trata do empregado doméstico (Lei n. 5.859/72, inicialmente e, atualmente, a Lei Complementar n. 150/2015), constata-se que, para configuração do empregado celetista previsto no art. 3º da CLT, não se foi exigida a característica da continuidade.

Isso porque a CLT, em seu art. 3º, como já destacado, diz que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador [...]”, enquanto que a Lei de empregado doméstico, em seu art. 1º, define a referida espécie de trabalhador como “[...] aquele que presta serviços de forma contínua [...]”.

Ora, não foi sem razão que a CLT, em seu art. 3º, historicamente, se utilizou do termo não-eventualidade para definir o empregado e, em contrapartida, a Lei de empregado doméstico se valeu, seja na Lei n. 5.859/72, seja na LC n. 150/2015, da expressão “de natureza/forma contínua”. Em verdade, são institutos distintos.

O serviço de natureza contínua, sem dúvida, exige uma prestação de serviços contínua, sem interrupção com relação a um determinado tomador de serviços. É esse conceito de continuidade que retira do diarista a configuração de empregado doméstico.

Nesse diapasão, o TST, até o advento da LC n. 150/2015, vinha pacificando o entendimento no sentido de que o trabalhador doméstico que presta serviços até 03 (três) dias

---

<sup>12</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 273.

<sup>13</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 274.

por semana não pode ser considerado empregado doméstico em razão da ausência do requisito da continuidade, conforme se pode extrair da decisão abaixo:

[...] O reconhecimento do vínculo empregatício do doméstico está condicionado à continuidade na prestação dos serviços, não se prestando ao reconhecimento do liame a realização de trabalho durante alguns dias da semana, no caso, é incontroverso que a Reclamante somente trabalhava três vezes por semana para a Reclamada, não havendo como reconhecer-lhe o vínculo empregatício com a ora Recorrida, pois, nessa hipótese, estamos diante de serviço prestado por trabalhador diarista. O caráter de eventualidade do qual se reveste o trabalho do diarista decorre da inexistência de garantia de continuidade da relação. [...].<sup>14</sup>

Assim, já ficava claro àquela época que o requisito da continuidade exigia uma repetição diária da prestação dos serviços de, no mínimo 04 dias, por semana, conforme jurisprudência que se consolidava à época.

Com o advento da LC n. 150/2015, contudo, a partir do texto do seu artigo 1º, um critério objetivo e claro se instalou no Direito brasileiro, sendo certo que trabalho contínuo é aquele prestado por, no mínimo, 3 (três) vezes por semana e, por outro lado, trabalho de natureza não contínua, é o trabalho prestado por até 2 (duas) vezes por semana.

O fato é que, diante da distinção existente entre os requisitos da continuidade e da não-eventualidade, verifica-se que a continuidade não foi exigida pelo legislador nacional, no art. 3º, para caracterização do empregado celetista em tempo integral (art. 442 da CLT) ou parcial (art. 58-A da CLT).

---

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-17.179/2001-006-09-40.7. Rel. Min. Horácio Senna Pires. Publicado no DEJT, 11 out. 2007. Disponível em: < <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4262668.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1> > Acesso em: 29 jul. 2010.

O que se quer dizer, em verdade, ao afirmar que a teoria da descontinuidade não foi adotada pelo legislador nacional para caracterização do empregado celetista em tempo integral (art. 442 da CLT) ou parcial (art. 58-A da CLT), é que a não-eventualidade não requer, necessariamente, um trabalho de natureza contínua.

Fica claro, portanto, que, historicamente, no Brasil, os conceitos de trabalho de natureza não eventual (e, por sua vez, de natureza eventual) e trabalho de natureza contínua (e, por sua vez, de natureza não contínua) são conceitos absolutamente distintos.

#### **4. O trabalho intermitente como um trabalho de natureza não contínua.**

Prevê o art. 443, §3º, da CLT, que “Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, **não é contínua**, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”.

Como se vê, o legislador reformador, ao definir, trazendo seus requisitos configuradores, o contrato de trabalho intermitente, se utilizou da expressão que remete à ideia de continuidade/não continuidade.

Em momento algum, na regulamentação do trabalho intermitente, o legislador reformador se utilizou da expressão não eventualidade ou fez alusão ao art. 3º da CLT, fixando, portanto, para definição e caracterização do contrato de trabalho intermitente, o critério da continuidade como determinante para esse fim, só podendo ser considerado, portanto, como empregado intermitente ou contrato de trabalho intermitente, a prestação de serviços que não seja contínua.

É justamente neste momento que se faz necessário o processo/caminho interpretativo fundamental para atribuir o sentido e o alcance à expressão “não é contínua”, prevista no §3º do art. 443 da CLT, conforme já destacado.

Em um primeiro plano e, talvez, suficientemente único, o art. 8º da CLT e o art. 4º da LINDB impõem ao intérprete buscar, no próprio sistema jurídico-trabalhista nacional, um dispositivo que defina, de forma objetiva, o que seja uma prestação de serviços que não é contínua.

Para tanto, difícil negar, o art. 1º da LC n. 150/2015 se apresenta como um dispositivo adequado, inclusive contemporaneamente, já que se trata de dispositivo com menos de 5 (cinco) anos em vigor, e relevante para este fim.

Portanto, a partir do texto do art. 1º da LC n. 150/2015, necessário reconhecer que, no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, a noção, histórica e atual, de continuidade, exige repetição diária, sendo, portanto, a noção de não continuidade, o seu avesso.

Portanto, possível (necessário) afirmar que prestação de serviços contínua é aquela que se repete por mais de 2 (dois) dias por semana; ao contrário, uma prestação de serviços que não é contínua é aquela que não se repete por mais de 2 (dois) dias por semana.

O transporte desse critério para os fins interpretativos do §3º do art. 443 da CLT revela, ainda, aqui já no segundo plano (da interpretação finalística), uma total correspondência prática com a essência do contrato de trabalho intermitente, cuja lógica é a “alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade”.

Esta alternância, portanto, determinada em horas, dias ou meses, não deve (e não pode) revelar uma periodicidade superior a 2 (dois) dias por semana, sob pena, não apenas de violar o §3º do art. 443 da CLT, mas também de desviar a finalidade desta nova modalidade de contratação, estruturada, normatizada, pensada e propagada como forma de regulamentar prestações de serviços que “viviam” em uma zona cinzenta entre o vínculo de emprego celetista (art. 3º da CLT) e o trabalho de natureza eventual (freelancer).

Para tanto, elegeu-se uma das teorias doutrinárias existentes para definir, quanto à periodicidade do trabalho, uma prestação de serviços com ou sem vínculo empregatício, qual seja: a teoria da descontinuidade.

É, pois, no âmbito da regulamentação do contrato de trabalho intermitente, a teoria da descontinuidade que define, quando presentes os demais requisitos necessários à configuração do vínculo de emprego (pessoalidade, onerosidade e subordinação jurídica), se há vínculo de emprego ou não, bem como se este vínculo de emprego revela um contrato de trabalho intermitente ou se revela um contrato de trabalho permanente.

#### **5. Consequências jurídicas de contrato de trabalho intermitente com prestação de serviços de natureza contínua.**

Sendo o contrato de trabalho intermitente um contrato de trabalho de natureza especial, regulamentado de forma expressa pelo art. 452-A da CLT, com evidentes restrições aos direitos trabalhistas mínimos previstos no art. 7º da CRFB/88, afinal, se não houver convocação por semanas, meses ou até mesmo anos (já que o art. 452-D da CLT, inserido pela MP n. 808/2017, teve sua vigência encerrada em 23/04/2018), haverá um contrato de não trabalho, que não realiza a dignidade do trabalhador (pois não lhe garante o acesso efetivo a nenhum direito de natureza social), nem tampouco circula riqueza na economia (já que não revela produção, não realizando, assim, nem mesmo o fundamento da livre iniciativa), trata-se de contrato que deve, necessariamente, ser interpretado de forma restritiva.

Assim, os limites e possibilidades do contrato de trabalho intermitente exigem uma interpretação, quanto ao resultado da interpretação, restritiva, de modo a não permitir mais do que se propõe, nem tampouco impedir menos do que se objetiva.

É desta maneira que se pode afirmar, já partindo para a conclusão do presente artigo, que a validade do contrato de trabalho intermitente exige, cumulativamente, os seguintes

requisitos, extraídos da leitura combinada dos artigos 443, §3º, e 452-A, ambos da CLT: a) contrato de trabalho escrito; b) previsão específica do valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não e; c) prestação de serviços de natureza não contínua, leia-se, ausência de prestação de serviços por mais de 2 (dois) dias por semana.

Assim, a não observância de qualquer um destes requisitos implica, automaticamente, a descaracterização do contrato de trabalho intermitente e, conseqüentemente, a inserção do trabalhador no padrão geral de contrato de trabalho brasileiro, previsto no art. 442 da CLT, ora denominado de contrato de trabalho permanente.

Portanto, se houver, por parte do tomador de serviços, convocações por mais de duas vezes por semana, o contrato de trabalho, formalmente intermitente, deve ser, sob a ótica do art. 9º da CLT, tratado como um contrato de trabalho permanente, sujeito às regras gerais de proteção ao trabalho, com possibilidade, quanto à remuneração devida, é claro, de pagamento de salário proporcional ao número de horas trabalhadas no mês (OJ n. 358, I, da SBDI-1, do TST).

Destaca-se, por fim, que, por uma questão de necessidade de se fixar um critério sempre próximo da realidade social, a noção do limite de dias de convocação deve ser pensada/calculada sob uma ótica de média mensal.

Assim, sendo o limite máximo de convocações de 2 (duas) por semana e possuindo o mês, em média, 4,5 semanas, deve ser entendido que, em um determinado mês, o trabalhador intermitente não pode prestar serviços por mais de 9 (nove) vezes (2 dias por semana x 4,5 semanas), sob pena de, no décimo dia de prestação de serviços em um determinado mês, restar descaracterizado o caráter intermitente do contrato, que passará a valer, desde o seu nascedouro, diga-se de passagem, como um contrato de trabalho permanente, garantindo ao trabalhador, quanto ao salário, o pagamento de salário proporcional ao número de horas trabalhadas no mês, na forma OJ n. 358, I, da SBDI-1, do TST.

## 6. Conclusão

A título de conclusão, como forma de preservação da essência do contrato de trabalho intermitente e impedimento do desvio de sua finalidade, entende-se que a validade do contrato de trabalho intermitente exige, cumulativamente, os seguintes requisitos, extraídos da leitura combinada dos artigos 443, §3º, e 452-A, ambos da CLT: a) contrato de trabalho escrito; b) previsão específica do valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não e; c) prestação de serviços de natureza não contínua, leia-se, ausência de prestação de serviços por mais de 2 (dois) dias por semana, mediante média mensal a ser apurada (o trabalhador intermitente não pode prestar serviços por mais de 9 vezes [2 dias por semana x 4,5 semanas], sob pena de, no décimo dia de prestação de serviços em um determinado mês, restar descaracterizado o caráter intermitente do contrato, que passará a valer, desde o seu nascedouro, diga-se de passagem, como um contrato de trabalho permanente, garantindo ao trabalhador, quanto ao salário, o pagamento de salário proporcional ao número de horas trabalhadas no mês, na forma OJ n. 358, I, da SBDI-1, do TST, e, quanto aos demais direitos trabalhistas, o acesso integral a todos os direitos de natureza trabalhista).

## 7. Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. 2. ed. Ilhéus: UESC, 2008.

CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O caminho desde a estrutura*. Tradução: Cesar Mortari. São Paulo: UNESP, 2006

PASSOS, J.J Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

## A INCORPORAÇÃO DE FERRAMENTAS VIRTUAIS NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

*Téo Luís Freitas da Costa Tourinho*

*Fábio Periandro de Almeida Hirsch*