

REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE: O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA¹

Larissa Marques Gonçalves²

Resumo

A Reforma Trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/2017 trouxe inúmeras novidades. Entre elas, a nova modalidade de contrato de trabalho do tipo intermitente. Neste estudo se pretende analisar sua compatibilidade com os preceitos constitucionais e convenções da OIT e, se referido contrato retira a dignidade do trabalhador ao reduzir seu status civilizatório, suprimindo-lhe o direito à jornada e salário mínimo e, ainda, indiretamente, o 13º salário, férias e previdência.

Palavras-chave: reforma trabalhista; contrato de trabalho intermitente; inconstitucionalidade; inconveniência; precarização; retrocesso social.

Abstract

The Labor Reform implemented by Law nº. 13.467/2017 brought numerous news. Among them, the new modality of employment contract of the intermittent type. This study aims to analyze its compatibility with the constitutional precepts and conventions of the OIT and, if mentioned contract removes the dignity of the worker

¹ Artigo de conclusão da Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho promovido pela empresa Verbo Jurídico Educacional, destinado à Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

² Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Goiás (UFG), bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica) e analista judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

by reducing his civilizing status, by suppressing the right to the day and minimum wage and, indirectly, the 13th salary, vacation and social security.

Keywords: labor reform; intermittent employment contract; unconstitutionality; unconventionality; precariousness; social regression.

Sumário: 1. Considerações iniciais sobre as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017. 2. Contrato de trabalho intermitente: definição, elementos caracterizadores, formalidades legais e direitos. 3. Inconstitucionalidade e inconvencionalidade. 4. Jurisprudência relacionada a aspectos do contrato de trabalho intermitente. 5. Considerações finais.

1. Considerações iniciais sobre as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88) como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III).

O art. 3º da CF/88 elege como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução de desigualdades sociais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza. O art. 7º da CF prevê um rol de direitos trabalhistas e previdenciários que elevaram o Direito do Trabalho ao status constitucional, estabelecendo direitos mínimos “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Outrossim, a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da CF/88). A ordem social, por sua vez, tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

O princípio da vedação do retrocesso social consubstancia limite à desregulamentação da ordem socioeconômica, ou seja, o núcleo essencial de direitos fundamentais já consagrados na ordem jurídica deve ser garantido, sendo inconstitucional a conduta estatal consistente na anulação, revogação ou aniquilação desse núcleo essencial.

A partir de tais premissas constitucionais, estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, muito se discute sobre as inovações inseridas

pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017, dentre as quais o contrato de trabalho intermitente. Com efeito, a Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467, de 2017, alterou os arts. 443, 452-A e 611-A, da CLT, a fim de instituir mais uma categoria de contrato de trabalho no direito brasileiro: o contrato de trabalho intermitente.

Durante curto lapso temporal, de 14/11/2017 até 23/04/2018, a MP nº 808, editada em 14/11/2017, inseriu mudanças e acréscimos na CLT no tocante ao recém-instituído contrato de trabalho intermitente. Porém, não tendo sido convertida em lei ou explicitamente rejeitada pelo Congresso Nacional, a MP esgotou a sua vigência em 23/04/2018. Desse modo, prevalece na CLT o texto original da Lei nº 13.467/2017.

Tal figura foi criada como tipo de trabalho sob vínculo de emprego, com jornada e salário variáveis, de acordo com a demanda do empregador, e justificado pelo legislador como meio de retirar o trabalhador da informalidade, promovendo o avanço econômico e social e, diminuindo as estatísticas de desemprego no país.

Apesar de ser novo no Brasil, o contrato de trabalho intermitente já existe e é muito utilizado em vários países, tal como Inglaterra, Itália, Portugal, Alemanha e Estados Unidos, visando uma flexibilização trabalhista, sobretudo em momentos de crise econômica.

Contudo, diferentemente do que ocorre nos países supracitados, em que a legislação impõe algumas contenções ao seu uso, como por exemplo, em razão da natureza da atividade empresarial sazonal, cíclica e descontínua, estabelecimento de prazo máximo de duração do pacto, limitação dos tipos de trabalhadores que podem ser sujeitos ao pacto e, garantias mínimas de ordem material, o Brasil optou por uma modelagem mais radical e liberal.

Especificando a discussão, neste artigo serão abordados de modo singelo, a definição do contrato de trabalho intermitente, alcance, elementos caracterizados e formalidades legais, direitos previstos aos trabalhadores, além de analisar aspectos sobre a inconstitucionalidade e a inconvencionalidade desta modalidade contratual.

2. Contrato de trabalho intermitente: definição, elementos caracterizadores, formalidades legais e direitos

Em linhas gerais, intermitente, para Houaiss, é situação “em que ocorrem interrupções; que cessa e recomeça por intervalos; intervalado,

descontínuo” (HOUAISS, 2009. p. 1434). Assim, o trabalho intermitente é entendido como aquele prestado de forma descontínua em certos dias da semana, mês ou ano, ou em épocas estipuladas, dependendo de eventos que apenas acontecem nessas ocasiões.

O art. 443 da CLT sofreu o acréscimo do § 3º (redação da Lei nº 13.467, de 13/07/2017), trazendo a seguinte definição legal para o contrato de trabalho intermitente:

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.

Desse modo, o trabalho intermitente é aquele no qual a prestação de serviços não é contínua, embora com subordinação. Trata-se de contrato por tempo indeterminado e sem jornada definida, com alternância de períodos de prestação de serviços com períodos de inatividade, os quais podem ser de horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, com exceção para os aeronautas, que continuam regidos por legislação própria.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado compreendem o trabalho intermitente, em interpretação “lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput*, e seus parágrafos e incisos” não como uma nova modalidade contratual celetista, mas como uma nova modalidade de salário por unidade de obra ou salário-tarefa, *in verbis*:

A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput* e seus parágrafos e incisos diversos, conduz, naturalmente, a resultado interpretativo diverso.

O que os preceitos legais fazem é, nada mais nada menos, do que criar mais uma modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo a convocação feita por esse empregador.

Tratando-se, pois, de salário por unidade de obra ou de salário-tarefa, tem o empregado garantido, sem dúvida, o mínimo fixado em lei

(salário mínimo legal), em periodicidade mensal. É o que assegura a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 78, *caput* e parágrafo único, CLT); com mais clareza, a propósito, é o que assegura também a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 7º, VII. (...)

Ou seja: em conformidade com o Direito do Trabalho, quer por preceitos da CLT (art. 78, *caput* e parágrafo único), quer por preceito constitucional (art. 7º, VII), é assegurado aos empregados que percebam remuneração variável, a garantia de salário nunca inferior ao mínimo legal – ou seja, o salário mínimo imperativo vigente no País durante a existência do respectivo contrato de trabalho.

Essa garantia constitucional, aliás, é reconhecida por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal com respeito aos servidores celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional – ou seja, empregados estatais, naturalmente regidos pela CLT (OJ 358, II, do TST). (DELGADO & DELGADO, 2017, p. 155)

Enfim, da definição legal acima transcrita, se extrai os seguintes elementos característicos: a) a prestação de serviços é subordinada; b) a prestação de serviços não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade; c) a prestação de serviços é mensurada em horas, dias ou meses; d) a prestação de serviços independe do tipo de atividade do empregado e do empregador; e) exclui-se dessa definição os aeronautas, que são regidos por legislação própria.

Já o art. 452-A da CLT, também com redação pela Lei 13.467, de 13/07/2017, passou a exigir expressamente o cumprimento das seguintes formalidades legais para a validade dos contratos de trabalho intermitente:

O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário-mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

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

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

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

§ 4º (...) outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

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

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I – remuneração;

II – férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III – décimo terceiro salário proporcional;

IV – repouso semanal remunerado; e

V – adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire o direito de usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Depreende-se da análise do texto legal que o contrato de trabalho intermitente é aquele no qual o empregado presta seu serviço com as mesmas características dos demais trabalhadores por tempo indeterminado, exceto quanto à não eventualidade. Isto porque o trabalhador intermitente terá jornada flexível e variável, conforme chamada de seu empregador.

De acordo com Homero Batista Mateus da Silva, são características do contrato de trabalho intermitente:

6. São características do contrato de trabalho intermitente:

a) forma escrita obrigatória;

b) ajuste à base do salário-hora, para que possa ser aferida com mais clareza a comparação ao salário mínimo e, sobretudo, ao salário pago pelos trabalhadores efetivos, com carga integral, que atuam no mesmo estabelecimento (salário análogo);

c) convocação pelo empregado com três dias corridos de antecedência e possibilidade de recusa em um dia;

d) autorização legal para multa pecuniária para o empregado que faltar ao chamado, no valor de metade da diária a que teria direito se houvesse comparecido;

e) por se tratar de contrato precário e com rendimentos baixos, a indenização de metade da diária a ser paga ao empregador tem duvidosa

constitucionalidade e gera embaraços para a cobrança; não está claro se o empregador pode reter da próxima diária o valor da multa pela ausência em dia anterior, porque, neste caso, ele estará retendo nada menos do que 50% da paga ao empregado;

f) se o empregado comparecer e não houver serviço no dia apazado, ele terá direito à metade da diária, o que também se mostra injusto para quem, dentre opções de rendimento extremamente baixo, deixou outra oferta por acreditar que o chamado de determinada empresa era verdadeiro;

g) embora a lei não diga expressamente, há direito ao vale-transporte para o deslocamento do empregado, inclusive para esse dia em que o chamado não se concretizou, conforme se extrai da legislação aplicável (Lei 7.418/1985);

h) o legislador considera o período sem chamado como uma grande suspensão contratual, sem salário e sem trabalho (§ 5º), fora do conceito de tempo à disposição do empregador, de modo que são possíveis cenários de dias, semanas, meses e anos sem prestação de serviços e sem encargos;

i) a ideia do legislador é que a diária seja paga ao final do expediente, se os bicos forem esparsos, ou ao final da semana ou do mês, se forem mais regulares; a expressão utilizada é pagamento “ao final de cada período de prestação de serviço” (§ 6º); de toda forma, a CLT veda pagamento em base superior ao módulo mensal e limita o pagamento ao quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços (art. 459, § 1º). (SILVA, 2019, p. 181)

Portanto, caberá ao empregador notificar o trabalhador para que compareça ao serviço com determinada antecedência, oportunidade em que este saberá quais serão os dias a trabalhar, bem como qual será seu horário de entrada e saída neste dia. Haverá alternância de períodos em que o trabalhador prestará seus serviços, e aqueles em que não haverá a referida prestação. A legislação não assegura um número de horas mínimas para a prestação de serviço, mas apenas o pagamento do valor do salário mínimo proporcional às horas trabalhadas.

É garantida também a isonomia salarial em relação aos empregados contínuos que desempenham as mesmas funções. Além disso, faz-se mister registrar que quando do pagamento, conforme previsão do art. 452-A, § 6º, o empregado receberá de imediato as seguintes parcelas: remuneração, férias proporcionais acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais.

O recibo de pagamento deve ser fornecido pelo empregador, contendo a discriminação dos valores pagos relativos a cada parcela devida.

Nesse sentido, o pagamento é efetuado conforme o trabalho é realizado, observando os períodos de prestação de serviços, que podem ser em horas, dias ou meses.

Isto significa dizer que o trabalhador poderá em um mês trabalhar 30 horas semanais, no mês seguinte, apenas 4 horas, ou não trabalhar nenhuma hora, hipóteses em que receberá o valor da hora mínima, recebendo salário inferior ao salário mínimo integral, ou nada.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves consideram que o rol de garantias do art. 452-A, § 6º, da CLT é exemplificativo, de forma que outras parcelas poderão incidir, como por exemplo, o adicional noturno, adicional de insalubridade, periculosidade, entre outros.

Ainda, consideram que o vale transporte é devido, sendo concedido em todos os dias de convocação, mesmo sem trabalho efetivo, conforme prevê o art. 1º da Lei nº 7.419/1985.

Outrossim, a cada doze meses, o empregado tem direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, de um mês de férias. Enquanto estiver em gozo das férias, o empregado não pode ser convocado para prestar serviços para o mesmo empregador.

O empregador deverá efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias do empregado e o depósito do FGTS, com base nos valores pagos no mês, além de fornecer ao empregado o comprovante do cumprimento dessas obrigações.

Ressalta-se que a cessação de contrato de trabalho intermitente permitirá a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, limitada a até 80% do valor dos depósitos.

Com relação ao recolhimento das contribuições previdenciárias, tendo em vista que a MP 808/2017 perdeu a eficácia em abril de 2018, em 28/01/2019, a Receita Federal publicou a Instrução Normativa nº 1.867/19, que regulamentou a contribuição previdenciária dos trabalhadores intermitentes.

A IN nº 1.867/19 prevê que o trabalhador intermitente é segurado obrigatório da Previdência Social. Contudo, para que o tempo de trabalho seja computado no cálculo da aposentadoria, é preciso que o empregado pague a contribuição previdenciária equivalente a um salário mínimo.

Assim, se o empregado admitido sob regime de trabalho intermitente receber valores inferiores a um salário mínimo, pode fazer a complementação da diferença entre a remuneração recebida e o valor do mínimo mensal, para que o período trabalhado conte como tempo de serviço.

Ora, percebe-se a gravidade da situação, pois, se o trabalhador não complementar sua contribuição previdenciária em determinado mês, não será computado como tempo de contribuição, inclusive para manutenção da condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social e cumprimento de prazo de carência para concessão de benefícios previdenciários.

Por fim, com relação à jornada de trabalho, embora não seja fixada jornada mínima para o trabalho intermitente, são estendidos aos trabalhadores intermitentes os limites garantidos pela Constituição Federal, quais sejam, 44 horas semanais e 220 horas mensais.

3. Inconstitucionalidade e inconveniência

Depreende-se da análise dos aspectos legais acima lançados, que a celebração do contrato de trabalho intermitente impõe ao empregado situação prejudicial em termos de posição na relação jurídica, haja vista a imprevisão quanto ao chamado e ao montante salarial a ser auferido ao final do mês.

De fato, o regime do contrato de trabalho intermitente não oferece proteção remuneratória mínima ao obreiro, garantindo-lhe apenas o pagamento “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” (art. 452-A, *caput*, da CLT), em inobservância as garantias constantes do art. 7º, inciso, VII, da CF/88, que assegura a percepção de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável e, das características inerentes ao salário mínimo (periodicidade e persistência), constantes das Convenções 95 (que trata da proteção do salário) e 131 da Organização Internacional do Trabalho - OIT (que trata da fixação de salários mínimos, ratificada pelo Brasil em 1983), estas dotadas, no mínimo, de supralegalidade normativa.

Aceitar que o obreiro se sujeite a uma relação laboral sem jornada e salário previsível, viola diretamente sua dignidade humana, porque o coloca de volta à posição de coisa, reduzindo seu *status* civilizatório.

Enfim, o contrato de trabalho intermitente é inconstitucional e, não apenas na questão da falta de jornada mínima e remuneração abaixo do salário mínimo. Há outros pontos igualmente inconstitucionais.

O primeiro deles diz respeito ao pagamento antecipado de férias e 13º salário. Ora, ambos veem suas finalidades totalmente esvaziadas ao

terem seus pagamentos antecipados mês a mês, pois o trabalhador que sequer está recebendo o salário mínimo mensal não poupará parte de seus ganhos para garantir um 13º salário a ser usufruído ao final do ano. O mesmo se diga em relação às férias. Logo, o pagamento antecipado do 13º salário e férias, na prática, suprime direito constitucionalmente previsto.

Quanto ao FGTS a inconstitucionalidade se evidencia no que diz respeito à multa do FGTS para a dispensa sem justa causa e movimentação do saldo de FGTS, restrita a apenas 80% do valor disponível, óbice este até então inexistente, ou seja, retirou um direito já legalmente previsto, violando assim o princípio do não retrocesso de direitos sociais.

Insta analisar, ainda, a questão sob o ponto de vista previdenciário. O direito à Previdência Social é assegurado no próprio art. 7º, IV e art. 194 da CF. A Reforma Trabalhista previu que o trabalhador intermitente seria um segurado oficial da previdência, e criou aos empregadores a obrigação de comprovar constantemente os recolhimentos previdenciários ao trabalhador. Ocorre que, quando essa remuneração for menor que o salário mínimo legal, para que o período trabalhado conte como tempo de serviço, inclusive para manutenção da condição de segurado e cumprimento de prazo de carência para concessão de benefícios previdenciários, o empregado pode recolher a diferença entre a remuneração percebida e o recolhimento mínimo legal por sua própria conta. Em situações extremas, é possível ocorrer que o empregado esteja pagando para trabalhar.

Cumpra registrar que o modelo contratual vem sendo objeto de fortes críticas internacionais, inclusive pela OIT, haja vista as consequências decorrentes da incerteza e da insegurança relativamente à contratação e à renda a ser auferida pelo trabalhador, submetendo-lhe a situação de possível insubsistência financeira e alimentar, no plano pessoal, familiar e social. Conforme adverte a OIT:

O trabalho de pré-chamada, incluindo 'contratos de horário zero', pode representar desafios de horas de trabalho imprevisíveis e insuficientes e redução de ganhos - tanto mais se os trabalhadores não se beneficiam da igualdade de tratamento com trabalhadores em tempo integral em termos de remuneração. Os trabalhadores em turno também podem enfrentar dificuldades em equilibrar o trabalho com a vida pessoal devido à potencialmente alta variabilidade dos horários de trabalho.³

³ "What are part-time and on-call work". Disponível em: <http://www.ilo.org/global/topics/non-standardemployment/WCMS_534825/lang-en/index.htm>. Acesso em: 15.02.2018. A este respeito, cf. Bianvaschi (2017, p. 120 e seg).

Assim, o legislador ignorou os princípios e regras constitucionais e normas internacionais de tutela jurídica do trabalhador, tais como: princípio da proteção do empregado; princípio da valorização do trabalho humano; garantia de percepção mínima do salário mínimo mensal, mesmo para quem auferir remuneração variável; princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica; garantia de proteção social do trabalhador nos casos de infortúnica e contagem de tempo de serviço, dentre outros que restringem a autonomia e a liberdade contratual plena.

4. Jurisprudência relacionada a aspectos do contrato de trabalho intermitente

O princípio da alteridade, disposto no art. 2º da CLT, estabelece que o empregador é quem deve assumir os riscos da atividade econômica.

Nesse sentido, os princípios da alteridade, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e emprego, da justiça e, da vinculação da propriedade à sua função social, já foram utilizados pelo Col. Tribunal Superior do Trabalho como fundamento da ilegalidade da jornada de trabalho móvel e variável, em ações que questionaram a legalidade da adoção da modalidade contratual, anteriormente à Reforma Trabalhista.

No ano de 2013, o Ministério Público do Trabalho celebrou Termo de Ajustamento de Conduta, em Ação Civil Pública, no "caso *McDonald*", no qual se questionava a constitucionalidade de modalidade contratual semelhante, com fundamento na incompatibilidade com o princípio da alteridade. Transcrevo abaixo a seguinte ementa:

RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DETERMINAÇÃO DE RESPEITO AO PISO SALARIAL DA CATEGORIA PROFISSIONAL INDEPENDENTEMENTE DO NÚMERO DE HORAS TRABALHADAS – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 358 DA SBDI-1. A controvérsia cinge-se à análise da licitude de cláusula de contratos individuais de trabalho, realizados entre os empregados da reclamada e suas franqueadas, que estabelecem jornada laboral semanal móvel e variável não superior ao limite de 44 horas e inferior ao mínimo de 8 horas, com o pagamento apenas das horas efetivamente trabalhadas. No caso, conforme se infere do acórdão do Tribunal a quo, é incontestado que os empregados sujeitos à jornada móvel e variável são horistas e recebem a remuneração de acordo com as horas trabalhadas. Consta no acórdão da Turma que a jornada "pode ser de oito horas diárias, bem como de apenas duas horas diárias" e, ainda, que "o salário-hora não foi reduzido pelo réu e que os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jorna-

da mínima”. Diante do contexto fático delineado pelo TRT, verifica-se que a situação examinada não envolve empregados cuja remuneração é fixada por produção, matéria versada especificamente na Lei nº 8.716/93. Repise-se, no caso, conforme estabelecido contratualmente, a remuneração é fixada por horas de trabalho, sendo incontroverso que houve pagamento de salário mínimo proporcional à duração do trabalho. Nos termos do disposto na Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, “Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado”. Esta é exatamente a hipótese versada nos presentes autos, em que a Turma desta Corte, contrariando os seus termos, deu provimento ao recurso de revista do Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para julgar procedente a ação civil pública de forma a determinar que a reclamada garanta, “pelo menos, o pagamento do salário mínimo da categoria profissional, de acordo com a Convenção Coletiva do Trabalho, independentemente do número de horas trabalhadas”. Isto porque o principal argumento que levou a Turma a julgar procedente a presente ação coletiva – ilicitude da adoção, pela reclamada, de jornada móvel e variável, por submeter os trabalhadores ao seu puro arbítrio durante 44 horas semanais, o que, no seu entender, ensejou a nulidade de todo o regime de trabalho, inclusive no que tange ao pagamento de salário mínimo convencional proporcional à jornada de trabalho – não mais remanesce nos presentes autos, em razão de acordo de abrangência nacional firmado nos autos do processo nº 1040-74.2012.5.06.0011, perante a 11ª Vara do Trabalho do Recife. Tanto que mediante o despacho de fls. 957/957-v, julgou-se “extinto o processo, por perda de objeto, tão somente quanto à questão referente à obrigação de não contratar empregados mediante a adoção da chamada ‘jornada móvel variável’”. Assim, partindo-se do pressuposto da adoção de jornadas de trabalho fixas e compulsando os precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 358 da SBDI-1, verifica-se que se buscou, na ocasião, afastar a afronta ao artigo 7º, IV, da Constituição Federal – em razão do contido no inciso XIII do mesmo dispositivo – nas hipóteses em que a empresa tenha fixado salário inferior ao mínimo legal ou ao piso salarial em razão do estabelecimento de jornada inferior à prevista no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, hipótese dos autos. Ora, se se considera lícito o pagamento de salário proporcional à jornada de trabalho, ainda que inferior ao mínimo legal e/ou convencional, não há amparo jurídico à pretensão do Ministério Público de ver remunerados de forma idêntica os trabalhadores sujeitos a jornadas de duas, quatro, seis e oito horas diárias, sob pena de contrariedade ao referido verbete e de ofensa ao princípio da isonomia insculpido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, já que empregados sujeitos ao mesmo tipo de trabalho em jornadas distintas estariam recebendo a mesma contraprestação salarial. Recurso de embargos conhecido e provido. (E 9891900-16.2005.5.09.0004, Relator Renato De Lacerda Paiva, Data de Julgamento 26/11/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 18/12/2015)

O TST vem entendendo que este tipo de jornada transfere os riscos da atividade econômica para o empregado e que, o fato de o empregado se submeter ao livre arbítrio do empregador, em virtude da incerteza quanto à jornada e remuneração, ferem os preceitos protetivos do trabalho e atrai a aplicação da nulidade do contrato de trabalho. No mesmo sentido, cito:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E VARIÁVEL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. Conquanto a Constituição da República, por meio do art. 7º, XXVI, prestigie a pactuação coletiva, impõe-se que os instrumentos autônomos observem as normas de ordem pública que garantem direitos mínimos dos trabalhadores. 2. Na hipótese, observa-se que a jornada de trabalho “móvel e variável”, prevista nos instrumentos coletivos, importa, efetivamente, em transferência ao empregado dos riscos econômicos da atividade. Isso porque tal prática submete o trabalhador ao puro alvitre da empresa no tocante à jornada a ser efetivamente cumprida, conforme a variação de movimento dos estabelecimentos comerciais da reclamada, exigindo-se que o empregado fique à disposição empresarial por 44 horas semanais, mas podendo, por decisão exclusiva da empregadora, laborar e obter remuneração - por qualquer período entre o máximo e o mínimo de 8 (oito) horas por semana. 3. Os preceitos protetivos do Direito do Trabalho não autorizam que o empregado se submeta, para mera salvaguarda do empregador contra as naturais oscilações de demanda produtiva, à incerteza da jornada de trabalho e da remuneração a ser percebida, em evidente prejuízo à sua vida particular e sua saúde financeira. 4. A prática em questão constitui evidente fraude à legislação trabalhista, atraindo a aplicação do art. 9º da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR 1293- 16.2012.5.04.0012, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 14/12/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016)

HORAS EXTRAS. JORNADA MÓVEL E VARIADA. INVALIDADE. Esta Corte vem entendendo no sentido de considerar ilegal a estipulação contratual de jornada móvel e variável, em que o trabalhador, ao ser contratado, desconhece os horários em que prestará o serviço, cabendo ao empregador a definição prévia de acordo com a sua necessidade e conveniência (precedentes). Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 482- 28.2010.5.01.0071, Relator 33 Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/03/2017)

Destaco que nesse mesmo sentido foi o posicionamento do Eg. TRT 18ª Região ao apreciar situação semelhante, no julgamento do RO-0011300-57.2015.5.18.0017, 14/12/2016, relatoria da Desembargadora Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, e RO-0010039-20.2016.5.18.0018, 05/05/2017, Rel. Desembargador Platon Teixeira de

Azevedo Filho. Logo, os fundamentos constitucionais que sustentaram a ACP mencionada devem nortear a interpretação da Lei 13.467/2017.

5. Considerações finais

Diante do exposto, o que se percebe é inconstitucionalidade da contratação na modalidade intermitente trazida pela Reforma Trabalhista, vez que autoriza a contratação sem fixação mínima de horas a serem trabalhadas, e conseqüentemente sem garantia de remuneração mínima, violando, portanto, direito constitucionalmente assegurado.

Outrossim, evidencia-se total desrespeito às convenções da OIT, com as quais o Brasil se comprometeu a criar mecanismos a fim de criar e manter critérios de fixação e garantia do salário mínimo, quando a nova legislação cria na verdade uma burla à garantia de pagamento mínimo mensal. De forma indireta, ainda esvaziou os institutos das férias e do 13º salário e, Previdência Social.

Assim, o trabalho intermitente no Brasil representa tentativa de legitimar o que se denomina informalmente de “bico”, vínculo empregatício precário, no qual o empregador se utiliza da mão de obra quando lhe convém, em desrespeito as garantias fundamentais de dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e das Normas e Tratados Internacionais.

Contrariamente a justificativa do legislador de que o contrato de trabalho intermitente visa retirar o trabalhador da informalidade, promovendo o avanço econômico, estudo realizado pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) e, divulgado em dezembro de 2020, mostra que 22% dos vínculos admitidos em 2019 não resultaram em qualquer rendimento para o trabalhador, não reduziu desemprego e rebaixou renda.

Portanto, o regime jurídico do contrato de trabalho intermitente é um sub-regime do regime celetista, uma tentativa descarada e direta de o legislador introduzir a precarização nas relações de trabalho no território brasileiro. Conseqüentemente, deve ser entendida como nula a contratação intermitente, por absoluta inconstitucionalidade, convertendo-se os contratos em contratação por tempo indeterminado na jornada de trabalho constitucional de 44 horas semanais, com garantia de pagamento do salário mínimo, e ainda de todos os consectários legais, com necessário abatimento de todos os valores pagos a fim de evitar o enriquecimento sem causa.

Referências

BIAVASCHI, Magda Barros. A reforma trabalhista no Brasil em tempos de acirramento das desigualdades sociais à ação de um capitalismo “sem peias”. In: MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coords.). **Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo/Brasília: LTr/FAPDF, 2017.

D’AMORIM, Mariana Correia. **O contrato de trabalho intermitente**. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, Universidade Federal da Bahia, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26304/1/Mariana%20Correia%20D%27Amorim.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2018.

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

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

REDAÇÃO RBA. **Trabalho intermitente não reduz desemprego e rebaixa renda, aponta Dieese**. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/12/trabalho-intermitente-renda-desemprego>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. rev. atual. 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Reforma trabalhista – contrato intermitente é inconstitucional**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitenteinconstitucional>>. Acesso em: 13 abr. 2021.