Um outro olhar sobre o contrato de trabalho intermitente

*Procuro semear otimismo e plantar sementes de paz e justiça.
Digo o que penso, com esperança.
Penso no que faço, com fé.
Faço o que devo fazer, com amor.
Eu me esforço para ser cada dia melhor, pois bondade também se aprende.
Mesmo quando tudo parece desabar, cabe a mim decidir entre rir ou chorar,
ir ou ficar, desistir ou lutar; porque descobri, no caminho incerto da vida,
que o mais importante é o decidir.*

Cora Coralina

Patrícia Maeda¹

Antes de enfrentar o contrato de trabalho intermitente, é preciso reforçar que no Brasil temos um modelo ordinário de contrato de trabalho, o da “carteira assinada”, o “celetista”, que nada mais é que o contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador por prazo indeterminado e com jornada fixa integral.

Nesse modelo, ao se garantir direitos por lei, reconhece-se ainda a desigualdade social entre as partes contratantes, trabalhador e empregador. Assim, as exceções jurídicas a este modelo só se justificam se pautadas por motivos verificáveis na materialidade das relações sociais (princípio da primazia da realidade). Além disso, e em conformidade com o disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, a melhoria da condição social dos trabalhadores poderia fundamentar o surgimento de outros modelos contratuais.

Surge aí um problema: uma das críticas para a previsão do contrato de trabalho intermitente na Lei n. 13.467/2017 é a de não haver expressamente nenhuma limitação para sua implementação, muito embora exemplos concretos tenham sido

¹ Doutoranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrante do Grupo de Pesquisas Capital e Trabalho - GPTC/USP. Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e Vice-Presidenta da Associação dos Magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Biênio 2017-2019).

citados pelos parlamentares que defenderam tal modelo, como é o caso de trabalho na atividade de organização de eventos e *buffet*.

Se a reforma trabalhista não veio para reduzir direitos elencados na Constituição Federal, como dizem os parlamentares, o pressuposto lógico para o contrato de trabalho intermitente é que a atividade econômica seja intermitente. Na falta de definição legal, podemos dizer o que não é atividade intermitente:

- a) Não é a atividade contínua – a tentativa do Mc Donald’s de instituir a jornada móvel e flexível, segundo a qual, na prática, entre os horários de maior movimento (almoço e jantar) o empregado ficava aguardando ser chamado para trabalhar em uma sala dentro do estabelecimento comercial – sala de *break* –, durante sua jornada. O tempo na sala de *break* não era considerado hora trabalhada. Esta prática foi reputada inconstitucional e inconveniente pelo TST por afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da OIT de que “o trabalho não é uma mercadoria”.
- b) Não é a atividade sazonal – esta já é contemplada pelo contrato de safra ou pelo contrato por prazo determinado.
- c) Não é a atividade que apresente necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou demanda complementar de serviços – esta já é atendida pelo contrato de trabalho temporário.

Assim, em princípio, a atividade econômica intermitente é aquela que se aproxima da ideia de eventualidade, em que potencialmente haveria a discussão sobre a existência ou não da relação de emprego, diante da ausência do requisito da não eventualidade. Apenas neste caso é que pode ser implementado o contrato de trabalho intermitente, em que *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.*

No entanto, a intermitência do trabalho não pode significar que a prestação de serviços seja totalmente imprevisível, aleatória. Deve haver um mínimo de previsão a respeito da jornada, pois na sua ausência, há que se considerar o tempo todo do empregado como sendo à disposição do empregador. A ausência de estipulação sobre a carga horária deve implicar o reconhecimento de contrato de trabalho comum com jornada integral.

Os períodos de inatividade não podem ser incertos nem totalmente fragmentados, pois isso significa a subjugação total do trabalhador ao empregador. Além disso, o chamado para trabalho já acertado entre as partes não pode ser contraordenado pelo empregador, pois é a empresa que detém o poder diretivo e assume os riscos da atividade econômica.

Ademais, o período de inatividade, ainda que não constitua o conceito de tempo à disposição, não está necessariamente isento de remuneração. Isso porque há situações em que o direito tutela o pagamento de salários mesmo quando o/a trabalhador/a não está à disposição do empregador, embora esteja submetido ao poder diretivo (como no caso de tempo de deslocamento). Ademais, considerar dias de descanso e feriados como tempo de inatividade é negar acesso a direitos de forma discriminatória e lesiva ao trabalhador.

Nesse sentido, o tempo de inatividade no contrato de trabalho intermitente pode ser remunerado como sendo de sobreaviso, sobretudo porque o trabalhador tem prazo para responder ao chamado, sob consequência de ficar sem o trabalho. Na ausência de regra expressa em sentido contrário e na inteligência do art. 244, § 2º, da CLT, deve, portanto, ser remunerado na razão de 1/3 do salário-hora.

Sem dar esta interpretação conforme a Constituição, o contrato de trabalho intermitente padecerá de inconstitucionalidades diretas, como afronta à dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), pois a norma jurídica que o prevê coloca o trabalhador numa condição de mero objeto, como ferramenta, equipamento, maquinário, à disposição da atividade econômica empresarial. Este rebaixamento de *status* civilizatório contraria, ao mesmo tempo, a vedação de tratamento desumano (art. 5º, III) e a finalidade constitucional do direito do trabalho da melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*).

A total ausência de jornada prefixada contraria a disposição do art. 7º, XIII, que limita a duração do trabalho normal. Oras, se há um limite de duração do trabalho normal, é porque o pressuposto essencial do direito do trabalho é ter uma jornada normal. Ademais, a ausência de jornada normal nega a aplicação do inciso XVI, que prevê a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

Além disso, a ausência de garantia de jornada e, por conseguinte, de salário não garante a subsistência do trabalhador e de sua família com pagamento do salário mínimo mensal constitucional (art. 7º, IV e VII) nem o acesso a direitos sociais como trabalho, moradia, alimentação, saúde, segurança (art. 6º, *caput*). Além disso, ao transferir ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego, os riscos da atividade econômica, atenta também contra a valorização social do trabalho e a função social da propriedade (artigos 1º, IV; 170, *caput*; 5º, XXIII; 170, III).

Nada obstante, o pagamento parcelado do décimo terceiro salário e férias acrescidas de 1/3, incorporado ao baixo salário, ao contrário do que se prega, não confere uma maior proteção ao trabalhador. Trata-se sim de extinção de direitos por via indireta, pois ao parcelar seu pagamento a cada período trabalhado, o empregado nada teria a receber no final do ano a título de décimo terceiro salário; nem a título de férias quando estas lhe forem concedidas.

Ao diluir o pagamento do décimo terceiro salário, o efeito concreto do contrato de trabalho intermitente é o aniquilar o direito previsto no art. 7º, VIII, que perde seu caráter de salário extra pago no final do ano. Outro direito constitucional atingido é o das férias remuneradas acrescidas de um terço (art. 7º, XVII), que também restará consumido pelo pagamento indenizado fragmentado durante o período aquisitivo. O trabalhador ficará um mês sem ser convocado para o trabalho sem nada receber e isso não pode ser considerado o gozo de férias, nos termos da Constituição Federal.

Para além disso, existe uma relação de imbricação entre capitalismo e patriarcado, em que aquele se apropria deste como manifestação social de exploração², de maneira que não é mera coincidência que o governo atual tenha sido marcado por uma supremacia masculina branca e implementado, sem qualquer participação efetiva do povo, diversas medidas em desfavor da classe trabalhadora, agravando nosso quadro de desigualdade social e de gênero³.

² TAVEIRA, Roselene. As leis de proteção do trabalho da mulher e o patriarcado. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/01/as-leis-de-protecao-do-trabalho-da-mulher-e-o-patriarcado/>. Acesso em 31 jan. 2018.

³ PIRES, Breiller. Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU. El País Brasil. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html. Acesso em 31 jan. 2018.

Nesse sentido, a falácia de que a chamada flexibilidade da jornada de trabalho sirva às mulheres, como forma de conciliar trabalho e vida privada, ainda que contenha algum rastro na materialidade, revela também a cultura patriarcal. Faz parte da luta das mulheres a desconstrução do papel de dona do lar, a partir do qual a trabalhadora brasileira se sujeita a dupla ou até tripla jornada, embora sobretudo para as trabalhadoras de baixa renda essa seja ainda uma realidade cotidiana. A solução para isso não passa pela criação do contrato de trabalho intermitente, uma vez que o trabalho em tempo parcial já existe.

A discussão sobre vantagens e desvantagens do contrato de trabalho em tempo parcial, com jornada inferior ao limite diário legal, gênero do qual o contrato com horário flexível e o contrato zero-hora são espécies, não é recente. Em 1990, em pesquisa sobre os contratos atípicos na Europa Ocidental, Danièle Meulders já afirma ser a possibilidade de conciliar a vida familiar e a vida profissional a grande vantagem do trabalho em tempo parcial, sobretudo para as mulheres; no entanto, registra que cada vez mais trabalhadores, principalmente homens e jovens do sexo feminino, afirmam aceitar o trabalho em tempo parcial por não conseguirem achar um trabalho em tempo integral. As desvantagens da contratação em tempo parcial são a rotatividade maior que no trabalho em tempo integral, o baixo nível de qualificação do trabalho, seu aspecto pouco gratificante, a ausência de promoção e a falta de contato com colegas de trabalho. Outra desvantagem importante, que deve ser corrigida pelo poder público, refere-se à proteção social, que fica condicionada a um número mínimo de horas de trabalho por semana e a um período mínimo de contrato de trabalho, requisitos para o trabalhador se beneficiar das prestações de auxílio-doença e de seguro-desemprego⁴.

Danièle Meulders reconhece, no entanto, que, para as empresas, as vantagens do contrato em tempo parcial estão ligadas ao aumento de flexibilidade, por permitir melhoria na organização do trabalho, aumento da produtividade por hora, baixa taxa de sindicalização e diminuição do absenteísmo⁵.

É mais um exemplo de flexibilidade para o capital e não para o trabalho. Nathalie Cattanéo esclarece que, desde a década de 1980, a flexibilidade é apresentada

⁴ Qualquer semelhança com a redação do art. 911-A da CLT, nos termos da MP 808/2017, não é mera coincidência...

⁵ MEULDERS, Danièle; TYTGAT, Bernard. L'émergence d'emplois atypiques dans les pays de la CEE. In: RODGERS, RODGERS; Gerry; Janine (Dir.). **Les emplois précaires dans la régulation du marché du travail**: la croissance du travail atypique en Europe de l'Ouest. Genève: BIT, 1990. p. 168.

como uma noção polissêmica, mas, em todos os casos, ela se apoia na divisão sexual do trabalho:

[...] em primeiro lugar, em referência às mudanças na organização do trabalho e da produção (a “fábrica flexível”); em seguida, em referência ao mercado de trabalho (flexibilidade do emprego e do trabalho); enfim ao tempo de trabalho (trabalho de meio período, em tempo parcial, anualização do tempo de trabalho, repartição e redução da jornada de trabalho). Ela tem uma conotação ideológica que mascara, sob um termo neutro ou mesmo positivo (flexibilidade, adaptação, organização do tempo), práticas de gestão da mão de obra em que flexibilidade e precariedade andam frequentemente lado a lado no mercado de trabalho⁶.

Especificamente sobre o contrato de trabalho intermitente, que adotou o modelo britânico do *zero hour contract*, a total falta de previsão de horário de trabalho torna este tipo de contrato inviável para a mulher na sociedade patriarcal, uma vez que não é possível organizar a rotina, diante dos papéis que ainda lhe são impostos.

Se efetivamente a busca for pela melhoria da condição social da trabalhadora, cabe ao Estado prover meios de fomento da igualdade material, sob todas as perspectivas: seja pela educação emancipadora; seja por estabelecer a mesma responsabilidade pela criação dos filhos, com a licença natalidade compartilhável entre pai e mãe; seja por fornecer condições materiais – berçários, creches e lavanderias públicas, restaurantes de baixo custo. Essas são apenas algumas das ações que podem promover a uma redistribuição equitativa do trabalho reprodutivo.

O próprio (des)governo no texto da exposição de motivos da reforma previdenciária reconhece a desigualdade material de gênero ao mencionar que a inserção da mulher no mercado de trabalho se dá de forma desigual e que remanesce até os dias de hoje a desigualdade salarial, reconhecendo que o rendimento da mulher ainda é 81% do homem, conforme PNAD 2014.

Aliás, o contrato de trabalho intermitente pode agravar a questão previdenciária, uma vez que a maior parte das aposentadorias concedidas às trabalhadoras é por idade, porque a maioria delas tem muita dificuldade para comprovar o mínimo de contribuição exigido hoje pela lei para a aposentadoria por tempo,

⁶ CATTANÉO, Nathalie; HIRATA, Helena. Flexibilidade. In: HIRATA, Helena et al. (Org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: UNESP, 2009. p. 106/107.

conforme estudo realizado pelo Dieese⁷. Corrobora essa informação o fato de que as mulheres são maioria nos postos de trabalho precarizados (economia informal e trabalho doméstico) e terceirizados, o que aumenta sobremaneira suas dificuldades de implementar os requisitos para gozar de uma aposentadoria integral nos termos da PEC.

Como podemos pensar a garantia da proteção à maternidade num contrato de trabalho intermitente? A ausência de chamamento para o trabalho não rompe o contrato, mas também não provê salário nem média salarial para a licença-maternidade.

Além disso, a ausência de chamamento pode também esconder uma forma de discriminação, perseguição e até mesmo assédio, situações em que o trabalho precário vulnerabiliza ainda mais a condição da trabalhadora (e também do trabalhador).

7 DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. As mulheres na mira da reforma da Previdência. Nota técnica 171. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec171MulherPrevidencia.pdf>