

REFORMA TRABALHISTA. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. INSTITUIÇÃO. ALEGAÇÃO DE PRECARIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO, DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA, DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO, DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR, DA VEDAÇÃO AO TRATAMENTO DESUMANO, DA FINALIDADE CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO TRABALHO, DA MELHORIA DA CONDIÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR, AOS DIREITOS À JORNADA DE TRABALHO NÃO SUPERIOR A OITO HORAS DIÁRIAS E QUARENTA E QUATRO SEMANAIS, À REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO SUPERIOR À DO NORMAL, AO SALÁRIO MÍNIMO, AO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E ÀS FÉRIAS REMUNERADAS, AOS DIREITOS SOCIAIS, À VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO E À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ALEGAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DO EMPREENDIMENTO AO EMPREGADO. CLT, ARTS. 443, CAPUT E § 3º; 452-A, CAPUT E PARÁGRAFOS; 452-B; 452-C; 452-D; 452-E; 452-F; 452-G; 452-H; 611-A, INCISO VIII; E 911-A, CAPUT E PARÁGRAFOS, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017 E DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017. CF/88, ARTS. 1º, CAPUT E INCISOS III E IV; 3º, INCISOS I E III; 5º, CAPUT E INCISOS III E XXIII; 6º, CAPUT; 7º, CAPUT E INCISOS

**IV, V, VII, VIII, XIII, XVI E XVII; E 170, CAPUT E INCISOS III E VIII. PROCEDÊNCIA PARCIAL.**

1. Os dispositivos impugnados no que concerne ao contrato de trabalho intermitente, constantes da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017, inovaram ao estabelecer novel modalidade de contratação no Brasil.

2. Os parâmetros elencados pelos novos dispositivos revelam-se insuficientes para garantir o respeito mínimo a direitos constitucionalmente protegidos.

3. Voto: (i) pelo não conhecimento das ADIs 5826 e 5829, por: (a) ausência de legitimidade ativa da FENEPOSPETRO e da FENATELL, porquanto ambas são entidades sindicais de segundo grau e, conforme jurisprudência desta Corte, as legitimadas para o ajuizamento de ADI, com fundamento no art. 103, inciso IX, da Constituição, são apenas as de terceiro grau. Precedentes: ADI 4967, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/04/2015; ADI 4184 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25/09/2014; ADI 4656 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 01/09/2014; ADI 4473 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01/08/2012; ADI 4.440 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno. DJe 29/05/2015; ADI 4361 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/02/2012; ADI 3506 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30/09/2005; ADI 1953, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/08/1999; ADI 1904, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27/11/1998; (b) A Medida Provisória n. 808/2017 teve sua vigência encerrada em 23/04/2018, por não ter sido convertida em lei no prazo constitucional, o que conduziu à superveniente perda parcial de objeto; (ii)

pelo conhecimento da ADI 6154; e (iii) pela procedência parcial dos pedidos, para declarar a existência de omissão inconstitucional no regramento do contrato de trabalho intermitente, introduzido pelo artigo 443, *caput*, parte final, e § 3º; artigo 452-A, § 1º ao § 9º; e pelo artigo 611-A, inciso VIII, parte final, da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017. Tal omissão deve ser suprida pelo Congresso Nacional, dentro de 18 (dezoito) meses.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (VOGAL):** Trata-se do julgamento conjunto de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade: (i) ADI 5826, ajuizada pela Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo – FENEPOSPETRO; (ii) ADI 5826, ajuizada pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATELL; e (iii) ADI 6154, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI. Nelas, questiona-se a constitucionalidade de dispositivos introduzidos pela Reforma Trabalhista, relativos à criação e à disciplina da figura do contrato de trabalho intermitente.

Preliminarmente, consigno a ausência de legitimidade ativa da FENEPOSPETRO e da FENATEL para o ajuizamento de ADI com fundamento no artigo 103, inciso IX, da Constituição. Ambas são entidades sindicais de segundo grau, sendo que, conforme jurisprudência desta Corte<sup>1</sup>, as legitimadas são apenas as de terceiro grau. Por outro lado, reconheço: (i) a legitimidade *ad causam* da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI, com fundamento no artigo 103, inciso IX, da Constituição, e no artigo 2º, inciso IX, da Lei n. 9.868/1999, e (ii) o vínculo de pertinência temática entre o objeto da demanda e a sua

1 ADI 4967, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/04/2015; ADI 4184 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 25/09/2014; ADI 4656 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 01/09/2014; ADI 4473 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 01/08/2012; ADI 4.440 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 29/05/2015; ADI 4361 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/02/2012; ADI 3506 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 08/09/2005, DJ 30/09/2005; ADI 1953, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/08/1999; ADI 1904, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 27/11/1998.

missão institucional.

Adicionalmente, diante da não conversão da Medida Provisória n. 808/2017 em lei e, por conseguinte, do encerramento da sua vigência em 23/04/2018, reconheço que houve a superveniente perda parcial do objeto dos pedidos realizados nas ADIs 5826 e 5829 pertinentes ao referido normativo.

Dessa maneira, este julgamento se restringe à análise da constitucionalidade dos dispositivos impugnados vigentes, cujo teor segue:

*“Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.*

*§ 3º 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.”*

*“Art. 452-A. 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 Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, 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 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 direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.”

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;”

Tais dispositivos inovaram ao estabelecer modalidade de contratação intermitente no Brasil. As disposições constantes da alteração legislativa permitiram que ela fosse aplicada em qualquer atividade, exceto para o caso dos aeronautas, regidos por legislação própria, conforme disposto na parte final do artigo 443, § 3º acima. Embora haja quem defenda a impossibilidade de sua aplicação para os trabalhadores domésticos, regidos também por legislação própria<sup>2</sup>.

2 ROVEDA, Luiz Carlos. Reforma Trabalhista Comentada por Juizes do Trabalho: Artigo por Artigo. LTr: São Paulo, 2018. P. 169.

O contrato intermitente diferencia-se da contratação tradicional, precisamente, no que se refere à jornada de trabalho do empregado. O empregado só é remunerado pelo tempo efetivamente trabalhado, não havendo qualquer tipo de remuneração em relação ao chamado “tempo à disposição”, porquanto este não foi tutelado nesta modalidade. Qualquer tempo que não seja pertinente à prestação de serviço pelo empregado foi considerado “tempo de inatividade”, não estando sujeito a qualquer retribuição, conforme disposto no artigo 452-A, § 5º, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017. Inclusive, nessa toada, a Portaria n. 349/2018 do Ministério do Trabalho previu que:

*“Art. 4º Para fins do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A da referida lei.*

*§ 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.”*

Esse tipo de contrato também foi regulamentado por países europeus, como: Portugal, França, Espanha, Reino Unido e Itália. Diferentemente do Brasil, em Portugal, (i) o contrato intermitente é permitido apenas nos casos de sociedades que efetivamente exerçam atividades com descontinuidade ou intensidade variável<sup>3</sup>; e (ii) o tempo de inatividade é remunerado em, no mínimo, 20% (vinte por cento) da retribuição base<sup>4</sup>. Na França, também se permite apenas para as

3 Art. 157º do Código do Trabalho de Portugal. 1 - **Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável**, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>. Acesso em: 20 ago. 2024.

4 Art. 160º do Código do Trabalho de Portugal. 2 - Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a **compensação retributiva, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição, em valor estabelecido em instrumento de**

atividades cuja natureza seja efetivamente intermitente, além de ser obrigatória a definição de um tempo mínimo anual de trabalho<sup>5</sup>.

Na Espanha, de forma semelhante ao que ocorre em Portugal e na França, o contrato intermitente é permitido apenas para as sociedades que exercem atividades de natureza sazonal, ou para a execução de trabalhos que não sejam de natureza sazonal, mas que, sendo de natureza intermitente, tenham períodos de execução certos, determinados ou indeterminados<sup>6</sup>. Adicionalmente, há previsão de que o contrato deve ter, em seus elementos, a indicação da duração estimada da atividade<sup>7</sup>, e um prazo máximo de inatividade de 3 (três) meses<sup>8</sup> para certos casos.

**regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20 % da retribuição base.** 6 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos números 2 ou 4. Id.

5 *“Article L3123-34. Le contrat de travail intermittent est un contrat à durée indéterminée. Il peut être conclu afin de pourvoir un emploi permanent qui, par nature, comporte une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées. Ce contrat est écrit. Il mentionne notamment: 1° La qualification du salarié; 2° Les éléments de la rémunération; 3° La durée annuelle minimale de travail du salarié; 4° Les périodes de travail; 5° La répartition des heures de travail à l’intérieur de ces périodes.”*

6 *“Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo. 1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.”* Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em: 19 ago. 2024.

7 *“Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo. 2. El contrato de trabajo fijo-discontinuo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2, se deberá formalizar necesariamente por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento.”* Id.

8 *“Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo. 4. Cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma.”* Id.

Por outro lado, o Reino Unido possui uma regulamentação do contrato de trabalho intermitente que se difere dos exemplos de Portugal, França e Espanha, na medida em que, no chamado *Zero-Hours Contract*, não há qualquer tipo de restrição quanto à atividade que pode ser contratada por meio dessa modalidade<sup>9</sup>. Adicionalmente, ele é pautado pela inexistência de garantia mínima de remuneração, seja pela ausência: (i) da duração estimada da prestação de serviços, ou (ii) de retribuição pelo tempo de inatividade<sup>10</sup>. Atualmente, em torno de um milhão de pessoas possuem contratos desse tipo e **o governo inglês anunciou, há uma semana, que planeja proibir tal modalidade**<sup>11</sup>, em virtude dos efeitos negativos gerados.

Na Itália, há duas espécies de contrato intermitente<sup>12</sup>. A primeira

9 *“27A Exclusivity terms unenforceable in zero hours contracts (1) In this section “zero hours contract” means a contract of employment or other worker’s contract under which—(a) the undertaking to do or perform work or services is an undertaking to do so conditionally on the employer making work or services available to the worker, and (b) there is no certainty that any such work or services will be made available to the worker. (2) For this purpose, an employer makes work or services available to a worker if the employer requests or requires the worker to do the work or perform the services. (3) Any provision of a zero hours contract which— (a) prohibits the worker from doing work or performing services under another contract or under any other arrangement, or (b) prohibits the worker from doing so without the employer’s consent, is unenforceable against the worker. (4) Subsection (3) is to be disregarded for the purposes of determining any question whether a contract is a contract of employment or other worker’s contract.”* Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/part/2A>. Acesso em: 19 ago. 2024.

10 Id.

11 *“The Employment Rights Bill will prohibit zero-hour contracts, with about 1 million people in Britain on employment contracts that do not specify a minimum number of hours they can work and pay only for the hours they are on shift, and outlaw fire and rehire tactics.”* Conforme notícia disponível em: <https://www.reuters.com/world/uk/uk-government-promises-new-law-autumn-boost-workers-rights-2024-08-31/>. Acesso em: 9 ago. 2024.

12 Decreto Legislativo n. 81/2015. *“Art. 13 Definizione e casi di ricorso al lavoro intermitente. 1. Il contratto di lavoro intermittente è il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la*

denomina-se *chiamatta*<sup>13</sup>, em que: (i) não há garantia de convocação, (ii) não há remuneração pelo período de inatividade e (iii) não há previsão de sanção, ao empregado, por eventual recusa ao chamado. A segunda caracteriza-se, sobretudo, pela *indennità di disponibilità*<sup>14</sup>, que consiste em uma verba mensal, devida ao empregado, pelo seu tempo à disposição mesmo no período de inatividade, a qual, inclusive, serve para fins de base contributiva para a previdência social. Nesta modalidade, há uma garantia de disponibilidade, pelo empregado, sendo previamente definidos os períodos de atividade e inatividade.

Em ambas, há um lapso temporal máximo permitido com o mesmo empregador: 400 (quatrocentos) dias dentro do período de 3 (três) anos, sob pena de se configurar o contrato de trabalho típico<sup>15</sup>. À essa regra, excetuam-se as atividades desenvolvidas nos setores de turismo,

*prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. In mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali."*

13 Decreto Legislativo n. 81/2015. "Art. 13 *Definizione e casi di ricorso al lavoro intermittente* 4. *Nei periodi in cui non ne viene utilizzata la prestazione il lavoratore intermittente non matura alcun trattamento economico e normativo, salvo che abbia garantito al datore di lavoro la propria disponibilità a rispondere alle chiamate, nel qual caso gli spetta l'indennità di disponibilità di cui all'articolo 16."*

14 Id. Decreto Legislativo n. 81/2015. "Art. 16 *Indennità di disponibilità*. 1. *La misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, è determinata dai contratti collettivi e non è comunque inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.* 2. *L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo.* 3. *L'indennità di disponibilità è assoggettata a contribuzione previdenziale per il suo effettivo ammontare, in deroga alla normativa in materia di minimale contributivo."*

15 Decreto Legislativo n. 81/2015. "Art. 13 *Definizione e casi di ricorso al lavoro intermitente*. 3. *In ogni caso, con l'eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo, il contratto di lavoro intermittente è ammesso, per ciascun lavoratore con il medesimo datore di lavoro, per un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari. In caso di superamento del predetto periodo il relativo rapporto si trasforma in un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato."*

empresas de espetáculo e similares. Destaca-se, ainda, que a legislação italiana prevê a possibilidade de uma limitação etária dos trabalhadores sujeitos a tais contratos: menores de 25 (vinte e cinco) anos e maiores de 55 (cinquenta e cinco) anos<sup>16</sup>.

Pode-se dizer que a abrangência das atividades sujeitas a esse tipo de contratação não é totalmente ilimitada na Itália, na medida em que a legislação prevê: (i) a negociação coletiva prévia à pactuação e, na sua falta, a estipulação via Decreto do Ministro do Trabalho e das Políticas Sociais<sup>17</sup>; e (ii) hipóteses de sua proibição, como nos casos de greve, de prévia dispensa coletiva nos últimos 6 (seis) meses e de empregadores que não tenham realizado avaliações de riscos para fins de aplicação das normas relativas à proteção da saúde e segurança dos trabalhadores<sup>18</sup>.

Nesse contexto, a Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, dispõe que os trabalhadores sujeitos a contratos do tipo zero hora e por demanda estão em uma situação particularmente vulnerável<sup>19</sup>. Nela, há previsões de medidas para prevenir eventuais

16 Decreto Legislativo n. 81/2015. *“Art. 13 Definizione e casi di ricorso al lavoro intermittente. 2. Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni.”*

17 Decreto Legislativo n. 81/2015. Artigo 13 supracitado.

18 Decreto Legislativo n. 81/2015. *“Art. 14 Divieti 1. È vietato il ricorso al lavoro intermittente: a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi a norma degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente, ovvero presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell’orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro intermittente; c) ai datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.”*

19 *“(12) Workers who have no guaranteed working time, including those on zero-hour and some on-demand contracts, are in a particularly vulnerable situation. Therefore, the provisions of this Directive should apply to them regardless of the number of hours they actually work.”* Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152>. Acesso em: 20 ago. 2024.

abusos<sup>20</sup>, tais como: (i) limitação ao uso e à duração de tais contratos<sup>21</sup>; (ii) garantia de um número de horas mínimo a ser remunerado<sup>22</sup>; (ii) mecanismos de proteção à demissão e à contínua não convocação para a prestação de serviços, em razão de tentativa de exercício de direitos previstos na Diretiva<sup>23</sup>, dentre outras. Como houve o *Brexit*, tal Diretiva não é aplicável ao Reino Unido.

Ao se analisar as disposições introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 sobre o contrato intermitente no Brasil, verifica-se que elas tendem a se assemelhar à experiência inglesa.

20 *“Article 11. Complementary measures for on-demand contracts. Where Member States allow for the use of on-demand or similar employment contracts, they shall take one or more of the following measures to prevent abusive practices: (a) limitations to the use and duration of on-demand or similar employment contracts; (b) a rebuttable presumption of the existence of an employment contract with a minimum amount of paid hours based on the average hours worked during a given period; (a) limitations to the use and duration of on-demand or similar employment contracts; (b) a rebuttable presumption of the existence of an employment contract with a minimum amount of paid hours based on the average hours worked during a given period; (c) other equivalent measures that ensure effective prevention of abusive practices. Member States shall inform the Commission of such measures.”* Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152>. Acesso em: 20 ago. 2024.

21 *“(35) On-demand or similar employment contracts, including zero-hour contracts, under which the employer has the flexibility of calling the worker to work as and when needed, are particularly unpredictable for the worker. Member States that allow such contracts should ensure that effective measures to prevent their abuse are in place. Such measures could take the form of limitations to the use and duration of such contracts, of a rebuttable presumption of the existence of an employment contract or employment relationship with a guaranteed amount of paid hours based on hours worked in a preceding reference period, or of other equivalent measures that ensure the effective prevention of abusive practices.”* Id.

22 Id.

23 *“(43) Workers exercising rights provided for in this Directive should enjoy protection from dismissal or equivalent detriment, such as an on-demand worker no longer being assigned work, or any preparations for a possible dismissal, on the grounds that they sought to exercise such rights. Where workers consider that they have been dismissed or have suffered equivalent detriment on those grounds, workers and competent authorities or bodies should be able to require the employer to provide duly substantiated grounds for the dismissal or equivalent measure.”*Id.

De pronto, verifica-se que os parâmetros elencados por tais dispositivos se revelam insuficientes para garantir o respeito mínimo a direitos constitucionalmente protegidos. Isso se reflete na imprevisibilidade sobre diversos aspectos do ponto de vista do empregado contratado nessa modalidade. O mais importante deles diz respeito à jornada.

A ausência de definição de jornada mínima e máxima inviabiliza: (i) eventual compensação, (ii) a percepção de horas extras, (iii) a previsão de rendimentos mínimos e periódicos, ainda que estimados, (iv) a garantia à contribuição previdenciária mínima. Assim, pode-se dizer que, na prática, a Lei n. 13.467/2017 introduziu uma espécie de contrato de trabalho sem garantia de trabalho e, conseqüentemente, de salário, porquanto, mesmo que um trabalhador celebre diversos contratos dessa modalidade com diferentes empregadores, isso não lhe garante sequer um dia de trabalho inteiro no ano. Inclusive, conforme manifestação do início deste ano da Subsecretária de Estatísticas e Estudos do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Paula Montagner, atualmente, “dois terços dos trabalhadores intermitentes têm contrato, mas não têm hora trabalhada nem salário”.

A Lei n. 13.467/2017 também buscou *“criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição”*<sup>24</sup>, embora a noção de duração de trabalho, em regra, envolva *“o tempo de disponibilidade do empregado em face de seu empregador, prestando serviços efetivos ou não (caput do art. 4º da CLT)”*<sup>25</sup>. A premissa imposta pelo § 1º do artigo 452-A, da CLT, é a de que o trabalhador se encontra permanentemente à espera de ordens, devendo estar sempre conectado, de modo que seja possível ter acesso à convocação do empregador, sobretudo porquanto o disposto no § 2º deste artigo presume o seu silêncio como recusa. Todavia, lhe foi afastada a remuneração correspondente, pelo § 5º do mesmo dispositivo.

24 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017. 2 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. P. 162.

25 Id.

Ainda, cabe registrar que a contribuição previdenciária, prevista no § 8º do artigo 452-A, da CLT, apenas produz efeito se for recolhida com base em valor igual ou superior ao salário-mínimo. Se a contribuição feita pelo empregador for inferior ao mínimo exigido pelo INSS, o empregado precisará complementá-la com o seu próprio dinheiro, sendo **possível que ele venha a receber, no mês inteiro, remuneração inferior ao necessário até para a contribuição mínima ao INSS, quanto mais para a sua subsistência.**

Além disso, o regramento do contrato de trabalho intermitente do jeito que está posto facilita, ao empregador, se furtar dos deveres inerentes a eventual rescisão contratual. Porquanto basta manter o contrato de trabalho ativo, mas não convocar o trabalhador para desempenhar qualquer tipo de trabalho. **Não há previsão de prazo máximo de inatividade que enseje a automática rescisão contratual pelo empregador.**

Apesar de juridicamente se considerar que ele estaria “empregado” para efeitos estatísticos do Cadastro Geral de Admissão e Demissão (Caged) do Ministério do Trabalho e Emprego, na prática, ele pode estar “desempregado”, posto que não possui garantia mínima de trabalho e, por conseguinte, de salário. Assim, **camufla-se a realidade do desemprego estrutural.**

No tocante ao seguro-desemprego, embora seja juridicamente possível a sua aplicação a esse tipo de trabalhador, na prática, é provável que também não lhe seja permitido gozar de tal instituto, sobretudo, porquanto a manutenção de multiplicidade de vínculos dessa natureza de forma simultânea o impediria, assim como a provável impossibilidade de preenchimento dos requisitos mínimos necessários constantes da Lei n. 7.998/1990:

*“Art. 3º Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove:*

*I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou de pessoa física a ela equiparada, relativos a:*

*a) pelo menos 12 (doze) meses nos últimos 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da*

*primeira solicitação;*

*b) pelo menos 9 (nove) meses nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da segunda solicitação; e*

*c) cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando das demais solicitações;”*

Por sua vez, há quem argumente que a disposição constante do § 6º do artigo 452-A, da CLT, sobre a fruição proporcional dos demais benefícios sociais que caracterizam o vínculo de emprego, na verdade, busca tentar mascarar a *“baixa remuneração diária do contrato intermitente e torna inócuo o seu pagamento, pois rompe com a lógica que instituiu tais verbas como direitos a serem usufruídos no momento oportuno”*<sup>26</sup>.

Nesse contexto, conforme precedente julgado por esta Corte, faz-se pertinente destacar que a defesa dos direitos fundamentais enseja, além da sua própria proteção, a proibição de proteção insuficiente:

*“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um **postulado de proteção** (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como **proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela** (Untermassverbote).” (HC 104410, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 27/03/2012)*

Verifica-se, portanto, que a regulamentação do contrato de trabalho intermitente carece de aperfeiçoamento, de forma que se faz necessário estabelecer mais algumas garantias mínimas ao trabalhador, além de, por exemplo, se definir a limitação da sua aplicação a determinados casos em que a natureza das atividades efetivamente se dê com descontinuidade ou com sazonalidade, para evitar que o uso de tal modalidade seja desvirtuado e, conseqüentemente, postos de trabalhos formalizados da maneira tradicional sejam substituídos por contratações em condições

<sup>26</sup> Manifestação do *Amicus Curiae* “Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania da Universidade de Brasília (UNB)”, disponível no e-Doc. n. 121, p. 22, nos autos da ADI 5826.

inferiores, gerando uma precarização em larga escala. Conforme divulgado pela Subsecretária de Estatísticas e Estudos do Trabalho do MTE, Paula Montagner, em relação ao trabalho intermitente de profissionais qualificados, como professores e trabalhadores da área de saúde:

*“[Houve] a contratação temporária desses profissionais, que enfrentam jornadas e salários menores e maior insegurança. Paula citou como exemplo a contratação de professores e pessoas da área de saúde, que deixaram de ocupar postos de trabalho concursados por tempo indeterminado. Na maioria dos estados, esses profissionais são admitidos em fevereiro, demitidos em junho, passam julho sem salário, são readmitidos em agosto e são demitidos no final de novembro ou início de dezembro. ‘Essas profissões, durante muito tempo, foram um sonho de consumo de muitos segmentos populacionais. Eles perderam essa condição de um posto de trabalho melhor’, ressaltou Montagner.”<sup>27</sup>*

Na mesma linha, segundo pesquisa recente publicada pelo IPEA:

*“o trabalho intermitente se delinea, até o momento, muito mais como uma promessa de inclusão laboral que não guarda em si, objetivamente, qualquer garantia de que ela irá se efetivar, pois o trabalhador passa a estar totalmente à mercê de possíveis convocações pela parte contratante. Ainda que haja a convocação, dada sua natureza descontínua, a remuneração a que se faça jus ao longo do mês pode não necessariamente atingir o valor do SM [Salário Mínimo] e, por conseguinte, o mínimo de recolhimento necessário para seu amparo previdenciário. Ou seja, os trabalhadores com contratos sob a modalidade intermitente encontram-se sujeitos a uma tripla condição de insegurança: quanto ao período de jornada, quanto à*

27 Fontes: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2024/Junho/201cmercado-de-trabalho-brasileiro-em-2024-2013-realidade-e-desafios201d-e-tema-da-rede-de-observatorios-do-trabalho-realizado-pelo-mte-e-dieese>; Horário 2:54:00 do vídeo sobre o “Encontro Rede Observatórios do Trabalho”, ocorrido em 12/06/2024, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ErmtmQs8jZs&t=5016s>. Acesso em: 9 set. 2024.

Ademais, faz-se pertinente ressaltar que o fato de a demanda ser variável não é suficiente para, por si só, qualificar uma atividade como descontínua ou sazonal. Inclusive, a variação da demanda é uma das regras basilares da economia. Inobstante, fato é que *“ostentando essa fórmula [com] uma amplitude bastante extensa (vide a generalidade da regra constante do § 3º do art. 443 da CLT), ela tenderá a instigar os bons empregadores a precarizarem a sua estratégia de contratação trabalhista tão logo os concorrentes iniciarem esse tipo de prática”*<sup>29</sup>. Não havendo qualquer restrição para a sua implementação, além da expressa exceção pertinente aos aeronautas, viabilizou-se o seu uso em qualquer atividade.

No tocante à previsão constante do artigo 452-A, da CLT, de que o valor da hora de trabalho no contrato de trabalho intermitente *“não pode ser inferior ao valor horário do salário-mínimo”*, entende-se que, apesar de ser necessária a definição de um piso mínimo para o cálculo do valor da hora trabalhada a ser paga nessa modalidade, não se revela adequado utilizar o piso do salário-mínimo, na medida em que as dinâmicas de contratação e de horas trabalhadas em ambas as situações são diversas.

O salário-mínimo, direito conferido aos trabalhadores urbanos e rurais, na dicção do artigo 7º, inciso IV, da Constituição, visa satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Ao se definir o seu piso, se considera que aquele será o valor mínimo recebido no mês inteiro por tais trabalhadores, mesmo para os que percebem remuneração variável, nos termos do inciso VII do referido artigo.

O legislador previu que a modalidade e a dinâmica de remuneração

28 OLIVEIRA, Alanna Santos de; SILVA, Sandro Pereira. Trabalhadores em contrato intermitente no Brasil: evolução, cenários e perfil dos contratados pós-reforma trabalhista de 2017. Brasília: IPEA, 2023. P. 35.

29 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017. 2 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: LTr, 2018. P. 165.

do contrato de trabalho intermitente são diferentes das demais. Da forma que está posto, tal regramento viabilizou a formalização do chamado “submínimo”, qualificado em voto proferido pelo Min. Ayres Brito no RE 340.599-3/CE, de Rel. do Min. Sepúlveda Pertence:

*“para admitir que o servidor, mesmo se aposentando proporcionalmente, pudesse receber abaixo do mínimo, teríamos de trabalhar com a categoria jurídica nova, absurda, a do submínimo; quer dizer, o mínimo já é o piso abaixo do qual não se admite absolutamente nada.”<sup>30</sup>*

Atualmente, considerando o valor do salário-mínimo vigente de R\$ 1.412,00 (mil quatrocentos e doze reais) é possível, por exemplo, que, no contrato de trabalho intermitente, um trabalhador receba apenas o equivalente a R\$ 8,83 (oito reais e oitenta e três centavos) por hora trabalhada, podendo esta ser até a sua única hora trabalhada no mês. Verifica-se, assim, que há uma evidente proteção insuficiente, sobretudo porquanto não há uma definição *a priori* da quantidade de horas trabalhadas por mês nem qualquer remuneração pelo tempo à disposição. Diante disso, também se inviabiliza o recolhimento mínimo necessário à contribuição previdenciária para fins de aposentadoria.

Por fim, analisando o § 4º do artigo 452-A, da CLT, à luz do princípio da proporcionalidade, conforme exigido pelo Código de Processo Civil<sup>31</sup>, verifica-se que por mais que tal tipo de previsão possa vir a ser apta para alcançar a finalidade desejada de desincentivar eventual não comparecimento pelo empregado, não se mostra necessário nem proporcional que isso se dê mediante a definição de multa a ser paga por ele, **sem qualquer demonstração de dano ou prejuízo ao empregador**. Na mesma linha, o § 1º do artigo 462<sup>32</sup>, da CLT, veda qualquer desconto

30 Trecho de Voto do Min. Ayres Britto, RE 340.599-3/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJe, 28.11.2003.

31 “Art. 489. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.”

32 “Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. § 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido

desse tipo. Assim, deve-se dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do artigo 452-A, da CLT, a fim de que a multa nele prevista seja aplicável apenas ao empregador e, no caso do empregado, aplica-se o previsto no § 1º do artigo 462, da CLT.

Nesses termos, evidencia-se que os parâmetros elencados pelas disposições constantes dos artigos 443, *caput*, e § 3º; 452-A, § 1º ao § 9º; e 611-A, inciso VIII, da CLT, introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, revelam-se insuficientes para garantir o respeito mínimo a direitos constitucionalmente protegidos. Portanto, a existência de omissão inconstitucional no regramento do contrato de trabalho intermitente deve ser suprida pelo Congresso Nacional, dentro de 18 (dezoito) meses.

*Ex positis*, voto: (i) pelo não conhecimento das ADIs 5826 e 5829, por ausência de legitimidade ativa; (ii) pelo conhecimento da ADI 6154; e (iii) pela procedência parcial dos pedidos, para declarar a existência de omissão inconstitucional no regramento do contrato de trabalho intermitente, introduzido pelo artigo 443, *caput*, parte final, e § 3º; artigo 452-A, § 1º ao § 9º; e pelo artigo 611-A, inciso VIII, parte final, da CLT, incluídos pela Lei n. 13.467/2017. Tal omissão deve ser suprida pelo Congresso Nacional, dentro de 18 (dezoito) meses.

É como voto.