



CONTRATO INTERMITENTE: INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

INTERMITTENT CONTRACT: INSTRUMENTALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PERSONALITY

Recebido em:	03/09/2021
Aprovado em:	19/06/2022

Juliana Marteli Fais Feriato¹

Daniel Amud Zuin²

RESUMO

O trabalho intermitente é gênero que precisa ser dividido em duas espécies, uma com e outra sem vínculo empregatício, sob pena de retirar a eficácia dos direitos fundamentais, por falta de instrumentalidade, pois dependem da legislação trabalhista para gerarem efeitos. A pesquisa tem como recorte temático o suposto vínculo empregatício do contrato intermitente, na ótica dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, sendo utilizado o método dedutivo para a condução do estudo. Conclui que a ausência de divisão do contrato intermitente em duas espécies, impacta negativamente nos direitos fundamentais do trabalhador.

¹ Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em direito internacional e econômico pela Universidade Estadual de Londrina. Docente do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar - UNICESUMAR. Pesquisadora do ICETI - Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Endereço Eletrônico: juliana_fais@icloud.com

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar - UNICESUMAR. Advogado. Endereço Eletrônico: zuin_@hotmail.com



Palavras chaves: Contrato Intermitente; Contrato Zero Hora; Reforma Trabalhista; Direitos Fundamentais; Direitos da Personalidade; Precarização

ABSTRACT

Intermittent work needs to be divided into two types, with and without employment relationship, since without the recognition of employment the effectiveness of fundamental rights is removed, due to the lack of instrumentality, considering that they depend on labor legislation to generate effects. The research outlines the existence of an employment relationship of the intermittent contract, from the perspective of fundamental rights and personality rights, using the deductive method to conduct the study. It concludes that the absence of division of the intermittent contract into two types, negatively impacts the fundamental rights of the worker.

Keyword: Intermittent work; Zero Hour Contracts; Fundamental Rights; Personality Rights; Precariousness.

INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho intermitente pressupõe que a prestação de serviço será seguida de incerto período de inatividade, deixando o operário horas, dias ou meses sem ser convocado para o trabalho e, conseqüentemente, sem receber.

Esse contrato tem o objetivo de estimular a criação de novos postos de trabalho, o que, formalmente, vem ocorrendo. Todavia, há a formalização indevida de alguns trabalhadores que, apesar de intermitentes, não satisfazem os requisitos para serem considerados empregados, pois autônomos.



O erro na formalização dos trabalhadores autônomos como empregados, decorre de culpa do legislativo e executivo que apresentam, em seus discursos, a norma de forma dissociada ao sistema no qual encontra-se inserida.

A legalização do contrato intermitente, somado ao uso indiscriminado do novo instituto, impacta no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), índice utilizado para verificar o número de pessoas que laboram sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O CAGED foi criado com o objetivo de fiscalizar e controlar o auxílio-desemprego, atual seguro desemprego, direito fundamental que, em tese, não é devido aos trabalhadores intermitentes autônomos, apenas aos empregados.

Desvirtuando-se do objetivo inicial, o CAGED passou a ser utilizado para fins estatísticos e sociais. Isto é, com base no número de empregados e desempregados, o governo consegue direcionar suas políticas públicas sociais.

Ocorre que o legislador pretendeu regulamentar uma forma de trabalho que, via de regra, sempre foi exercida por autônomos, tendo em vista que a eventualidade na prestação de serviço não corresponde à determinação do artigo 3º da CLT, de não eventualidade.

Isto é, o legislador pretendeu corromper o conceito de emprego, oriundo da interpretação conjunta do artigo 2º e 3º da CLT, para criar o contrato intermitente que, por via da nova regra, assume o vínculo empregatício.

Neste cenário, cabe à jurisprudência e à doutrina especializada o correto enquadramento e delimitação do novo contrato, respeitando os conceitos e princípios do sistema no qual foi inserido, CLT.

Tratar o trabalho intermitente como gênero distorce a finalidade do CAGED que passou a contabilizar os trabalhadores intermitentes autônomos, os quais não possuem



acesso aos direitos fundamentais garantidos aos trabalhadores com o “verdadeiro” vínculo empregatício.

Alguns dos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente aqueles relacionados no artigo 7º da Constituição Federal (CF), são de eficácia limitada, portanto, não são instrumentalizados autonomamente, dependem de legislação infraconstitucional para irradiarem efeitos concretos.

A título de exemplificação, o adicional de penosidade, artigo 7º, inciso XXIII, da CF, por ser de eficácia limitada, não é resguardado a nenhum trabalhador, excepcionados aqueles que conseguiram regulamentação deste direito por meio de acordo, convenção coletiva ou contrato individual.

Apesar de ainda existirem direitos fundamentais sem eficácia, a legislação trabalhista tem o objetivo de garantir a operacionalização desses direitos previstos na Constituição Federal. Todavia, o mesmo não ocorre, necessariamente, com a legislação civilista que rege os contratos autônomos.

O tratamento jurídico diferenciado entre a legislação trabalhista e civilista é fundamental, demonstra a sensibilidade do ordenamento jurídico em restringir a liberdade contratual na medida das desigualdades daqueles que se relacionam, ato que está intimamente ligado ao livre desenvolvimento da personalidade.

Nesta senda, tratar o trabalho intermitente apenas como gênero, desvirtuando o conceito de emprego, poderá afastar a instrumentalidade de diversos direitos fundamentais que deveriam ser resguardados pela aplicação, concreta e geral, da legislação pertinente.

Ademais, o contrato intermitente permite o preenchimento de cotas para deficientes físicos, cumprindo, novamente, finalidade meramente estatística e formal, sendo que, na



prática, não precisa haver real intenção de contratação, na proporção que a norma considera o deficiente empregado, mesmo que não esteja sendo convocado para o serviço.

No cenário apresentado, o estudo tem o objetivo de separar o contrato intermitente autônomo daquele com vínculo empregatício, na proporção que somente deverá ser considerado empregado, o trabalhador que se enquadra nos requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT.

Não constatada a qualidade de empregado, o trabalhador deverá ser considerado autônomo e retirado das estatísticas do CAGED, possibilitando a correta e, possivelmente, necessária adoção de políticas públicas sociais, no combate ao desemprego.

A pesquisa tem como recorte temático o impacto da ausência de instrumentalização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, sendo utilizado o método dedutivo para a condução do estudo.

A originalidade deste estudo está na percepção do trabalho intermitente sob nova ótica, utilizando-se de classificação já defendida por outros doutrinadores, nas modalidades “alternado” e “à chamada”, mas não para determinar qual o Brasil adotou, e sim, para defender que as duas modalidades podem, e devem, subsistir em nosso ordenamento jurídico.

A divisão permitirá a instrumentalização dos direitos fundamentais mediante aplicação da CLT, combatendo a precarização do trabalho e garantindo um ambiente de trabalho apto ao desenvolvimento dos direitos da personalidade do trabalhador.

O estudo será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo defenderá a constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente, sob a ótica do vínculo empregatício. No segundo capítulo será discutido o impacto do contrato intermitente nos direitos fundamentais, contraponto a operacionalidade oriunda da legislação trabalhista,



daquela oriunda da legislação civilista. Por fim, o terceiro e último capítulo apontará as consequências da atual interpretação, doutrinária e jurisprudencial, conferida ao contrato intermitente, nos direitos da personalidade.

Em conclusão, a contribuição esperada deste estudo é proteger os direitos fundamentais que foram conquistados, evitando-se a precarização do trabalho e, assim, permitindo o livre desenvolvimento dos direitos da personalidade do trabalhador.

1. CONTRATO INTERMITENTE NO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O contrato intermitente, que decorreu da Reforma Trabalhista, ocorrida em 11 de novembro de 2017, tinha o objetivo de criar novos postos de trabalho, diminuir a informalidade dos contratos, trazer maior segurança jurídica e melhorar a economia, sob a justificativa de que a legislação trabalhista estava ultrapassada (CALHÃO FILHO, 2018).

Por trabalho intermitente entende-se, nos termos do artigo 443, § 3º, da CLT, como aquele realizado de forma descontínua, “com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses” (BRASIL, 2017).

O conceito é amplo, pois, considerando que o período de inatividade pode ser determinado em horas, todos os contratos de empregos se enquadrariam nesta categoria. Afinal, o trabalhador, regido pelas regras gerais da CLT, quase sempre labora por 8 horas e fica inativo por 16 horas, além de descansar, todas as semanas, por 1 dia ou, dependendo da distribuição da jornada, até 2 dias, não sendo “possível fixar um conceito técnico-jurídico claro, lógico, novo e coerente com o sistema trabalhista brasileiro se o parâmetro for somente a alternância entre períodos de trabalho e de inatividade” (ALVES, 2018).



Além disso, o período de inatividade determinado em meses pode fazer referência aos afastamentos legais, como, por exemplo, à licença maternidade e ao auxílio doença. Ou seja, o legislador meramente confirmou normas e conceitos que já estavam esparsos na legislação trabalhista/previdenciária.

Processando-se posição diversa, acreditando que a empresa poderia, injustificadamente, deixar de convocar e remunerar um trabalhador com vínculo empregatício, seria fruto de interpretação extensiva e dissociada do sistema no qual a norma foi inserida, CLT.

A priori, o fato de o corrente estudo defender que o legislador apenas ratificou normas e conceitos já positivados no ordenamento jurídico, pode parecer ambíguo e, portanto, contestável. Entretanto, não seria a primeira vez em que o legislador assim o faz.

A título de exemplificação, o artigo 10º da CLT determina que “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados” (BRASIL, 1943), enquanto o artigo 448º, também da Consolidação, faz a mesma colocação, utilizando-se de outras palavras. Ou seja, o aludido artigo 10º seria “suficiente para alcançar empregados e ex-empregadores, tornando despicienda a repetição do assunto no art. 448” (HOMERO, 2019).

O exemplo estampa que a aplicação da norma ocorre graças à interpretação jurídica que esta implica, libertando-se do âmago legislativo (SOARES, 2018). Isto é, a norma deve ser interpretada de acordo com o sistema no qual foi inserida.

Assim, para se proceder com a interpretação jurídica do contrato intermitente, é necessário respeitar a qualidade do vínculo empregatício, conceito traçado pelos artigos 2º e 3º da CLT, devendo haver, à vista disso, o “retorno constante do prestador de serviços, de forma interruptiva, não seguida, com lapsos significativos, ainda que desprovidos de exclusividade” (ARAÚJO, 2018).



Adequando a nova norma ao regime celetista, percebe-se que o legislador criou uma forma análoga ao trabalho por regime de tempo parcial, porém, com uma distinção, a da adoção de uma jornada de trabalho móvel e variável, pois cabe ao empregador estabelecer os dias e horário da convocação, incumbindo ao empregado, unicamente, confirmar se aceita trabalhar.

A similaridade de ambos os institutos consiste na baixa jornada mensal de trabalho, com poucas horas de labor no mês, e na possibilidade de receber contraprestação inferior ao salário mínimo, respeitada a proporcionalidade do salário mínimo à jornada despendida.

Neste cenário, a Espanha, a qual nos defrontamos por força do artigo 8º da CLT³, deixou clara a similaridade dos dois institutos, deduzindo que irão se diferenciar pela variação da jornada. Isto é, “trabalhos descontínuos que se repitam em certas datas, é aplicável o regulamento do contrato a tempo parcial celebrado por tempo indeterminado” (BARBOSA JUNIOR, 2019).

Incontestavelmente, a jornada de trabalho móvel e variável torna precária as relações de emprego, pois acaba “sujeitando o empregado tão somente ao livre arbítrio patronal, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual” (BRASIL, 2014).

Apesar da crítica dispendida, o contrato intermitente é a realidade de diversos países, como Portugal, Espanha e Reino Unido, não cabendo ao Direito confrontar a realidade de revolução e reestruturação produtiva atual, sob pena de não persistir (BABOIN, 2017).

³ Admitindo o direito comparado, conforme prevê o artigo 8º: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”



Neste cenário, o contrato intermitente será relacionado às premissas do vínculo empregatício, comparando-o ao contrato de trabalho por regime de tempo parcial, porém, como visto, com a jornada móvel e variável.

O trabalho intermitente foi positivado no artigo 452-A, *caput*, da CLT, que determina a pactuação escrita do contrato de trabalho. Em contrapartida, se verbal, “embora a lei não o reconheça dessa forma, se presentes as características da periodicidade do evento a que é convocado o trabalhador, tem-se a configuração do vínculo de emprego” (COLNAGO, 2018).

Além disso, o *caput* do aludido artigo prevê que o valor da hora de trabalho “não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo” (BRASIL, 2017). Isto é, a remuneração ao trabalho deverá ser proporcional ao mínimo, mesmo que não alcance esse patamar.

A redação do artigo acompanhou o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST), aplicado aos contratos por regime de tempo parcial, na Orientação Jurisprudencial (OJ) 358, que considera lícito o pagamento de valor proporcional ao tempo trabalhado, mesmo que em valor inferior ao mínimo (MOURA, 2018).

De outro lado, para a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça (Anamatra), o empregado contratado sob o regime de trabalho intermitente deve receber, ao menos, um salário mínimo por mês, independentemente de quantos dias trabalhou, sob pena de violação do direito fundamental, consagrado no artigo 7º, VII, da CF, que protege o recebimento do salário mínimo (CONAMAT, 2018).

Data vênia, apesar da análise específica do contrato intermitente realizado pela Anamatra, o pano de fundo da argumentação, direito fundamental ao recebimento de um salário mínimo, já foi enfrentado pelo TST na OJ 358, decidindo que no caso de 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” (BRASIL, 2016).



Nessa conjuntura, mesmo que o empregado seja convocado para trabalhar, no mesmo dia e horário, por diversos empregadores, o contrato só assumirá caráter obrigatório, sendo devido o pagamento das horas trabalhadas, no momento em que o empregado aceita à convocação do tomador (JOÃO, 2018).

A convocação deve ser realizada com, pelo menos, três dias de antecedência ao trabalho, tendo o trabalhador o prazo de um dia útil para aceitar, “presumindo-se, no silêncio, a recusa” (BRASIL, 2017).

A doutrina, majoritariamente, demonstra inconformismo com a previsão normativa do § 4º do artigo 452-A, da CLT, que estipula uma multa ao empregado, caso ele, após se prontificar ao serviço, injustificadamente deixe de comparecer. O inconformismo se funda na assunção do risco da atividade pelo empregado que deve pagar uma multa em razão de sua ausência (COLNAGO, 2018).

Divergindo do posicionamento majoritário, constata-se que, o fato de pagar ao empregador uma multa equivalente a 50% do valor pretendido a título de salário, não afronta o sistema celetista, nem sequer é inovador.

A título de esclarecimento, nos termos do § 2º do artigo 487 da CLT, “a falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivos” (BRASIL, 1943). Quer dizer, além de não pagar o aviso-prévio que seria devido ao empregado, o empregador poder descontar, na rescisão, o valor total que seria devido a título de salário.

Nesta quadra, dialogando com outras normas celetistas, assimila-se que, da mesma forma que o aviso prévio, se injustificadamente não trabalhado, pode ser integralmente descontado, a multa poderá ser cobrada, não havendo razão para o inconformismo.



Além disso, o empregado já conta com acentuada proteção legal, pois caso ele não atenda ao chamado do empregador, será presumida a recusa à convocação, sem que isso, nos termos do §3º do artigo 452-A CLT, descaracterize a subordinação, afastando, portanto, a aplicação do artigo 482, alínea i, que prevê a imposição de justa causa ao empregado, por abandono de emprego.

Isso significa que, no cenário atual, o empregado, almejando rescindir o vínculo de emprego, pode, proposital e injustificadamente, deixar de responder seu patrão que, inevitavelmente, precisará demiti-lo.

Em relação ao tempo inativo provocado pelo empregado ao recorrer às convocações, ou pela distribuição da jornada de trabalho, não será considerado tempo à disposição, fato que, para alguns doutrinadores, apresenta incompatibilidade com a legislação trabalhista, pois o artigo 4º da CLT “afirma que é considerado serviço efetivo o período em que o empregado aguarda e executa sob ordem do empregador” (CID, 2017).

No entanto, como visto, o empregado não é obrigado a aceitar o serviço, apresentando-se incoerente, em vista disso, presumir que ele estava aguardando serviço, pois, se assim fosse, esse trabalhador nunca estaria inativo.

Além disso, ainda em relação à remuneração, ao final de cada serviço prestado, será devido ao trabalhador o pagamento imediato da “I – remuneração; II – férias proporcionais com acréscimo de um terço; III – décimo terceiro salário proporcional; IV – repouso semanal remunerado; e V- adicionais legais” (BRASIL, 2017).

O pagamento das férias, acrescidas do terço constitucional, também é objeto de repúdio por parte da doutrina⁴, visto que o Estado sempre desempenhou um papel

⁴ Autores como Amauri Cesar Alves, Geogenor de Sousa Franco Filho, Aloysio Correa da Veiga, entre outros.



paternalista e intervencionista, ditando a forma que o empregado deve administrar o seu dinheiro.

O Estado, ao deixar o empregado administrar o seu próprio dinheiro, subtende que ele possui tal capacidade, porém, considerando a realidade do Brasil e o nível educacional fornecido a esses trabalhadores, será “ilógico pensar que o empregado terá feito uma reserva financeira do que tenha recebido a título de férias proporcionais ao longo do período aquisitivo” (SILVA; RODRIGUES, 2020).

Todavia, ao visualizar a situação em um cenário mais amplo, o recebimento antecipado de todas as parcelas supra indicadas não é, como um todo, prejudicial ao trabalhador, pois, considerando que caberá “ao empregador recolher as contribuições previdenciárias e os depósitos de FGTS com base no total dos valores pagos ao trabalhador” (SALES; LEITE, 2019), o pagamento a maior título facilitará o acesso à aposentadoria. Explico.

É que, seguindo a Instrução Normativa n. 1.867/2019 que regulamenta a contribuição previdenciária do trabalhador intermitente, constata-se que ele recebe tratamento semelhante ao dos trabalhadores avulsos, sendo considerado segurado obrigatório que, para ter o mês de trabalho computado, terá que recolher valor equivalente ao salário mínimo (BRASIL, 2019).

Neste caso, o adiantamento das verbas mostra-se benéfico, na medida que a base de cálculo da contribuição previdenciária será o total dos valores pagos ao trabalhador que, por consequência disso, atingirá o patamar mínimo com maior facilidade.

Assim, verifica-se que o contrato intermitente, na configuração proposta, satisfazendo os requisitos do vínculo empregatício, acaba reconhecendo a importância social do trabalho, “conduzindo os contratantes a uma atuação de razoável equilíbrio, sem perda do intervencionismo estatal que é suporte da justiça contratual” (ARAÚJO, 2018).



O estudo passa para a análise da instrumentalidade dos direitos fundamentais, a fim de diferenciar o contrato intermitente que, nos termos apresentados, ostenta a qualidade de emprego, daquele, também intermitente, que não preenche os quesitos do vínculo empregatício.

2. INSTRUMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alguns dos direitos fundamentais do trabalhador, especialmente aqueles apresentados no rol do artigo 7º da CF, dependem de normas infraconstitucionais para produzirem efeitos, ou seja, não são autonomamente instrumentalizados, dado que tais direitos “carecem de preenchimento preciso para o seu emprego no caso concreto, razão pela qual necessitam inegavelmente da intermediação de normas infraconstitucionais para o seu estabelecimento” (DUQUE, 2019).

Passaram-se aproximadamente trinta e dois anos da promulgação da CF, mas ainda há direitos fundamentais que, por ausência de norma infraconstitucional regulamentando sua aplicação, ostentam eficácia limitada, como, por exemplo, o adicional de penosidade (BRASIL, 2018).

Ad argumentandum tantum, mesmo manejando o mandado de injunção rogando por regulamentação futura, sabe-se que os efeitos desta regulamentação não poderão retroagir. Diante disto, afirma-se que o adicional de penosidade, apesar de direito fundamental, está por volta de trinta e dois anos sem irradiar efeitos concretos, excepcionados aqueles que conseguiram aplicação deste direito por meio de acordo, convenção coletiva ou contrato individual.



Ocorre que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais confronta-se com a liberdade de ação do contratante e contratado, “o que passa a dificultar nesse ponto específico a ocorrência de eficácia horizontal direta, mesmo nas relações de trabalho, já que uma mediação legislativa, mesmo que por meio de cláusulas gerais do direito, se pode tornar imprescindível” (DUQUE, 2019).

Nessa toada, o legislador, ao editar a CLT, em 1943, compreendendo que muitos direitos fundamentais, até aquele momento, dependiam de regulamentação, como, por exemplo, o direito ao “décimo terceiro salário, descansos semanais, fundo de garantia” (SILVA, 2019), permitiu, no artigo 8º da Consolidação, a aplicação de normas externas que estariam agrupadas em sua órbita, pela matéria, a trabalhista.

A título de esclarecimento, o direito fundamental ao décimo terceiro salário, objeto da lei 4.090/1962, e não da CLT, prescreve no artigo 1º que “no mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial” (BRASIL, 1962).

Por conseguinte, verificando os termos utilizados na legislação externa, processa-se que para fruir do direito ao décimo terceiro salário, o operário precisa se enquadrar no conceito de empregado, objeto dos artigos 2º e 3º da CLT.

Em síntese, é primordial que os contratos ostentem do vínculo empregatício e, assim sendo, estejam acobertados pela legislação trabalhista, pois dela decorre a instrumentalização de múltiplos direitos fundamentais, como o décimo terceiro salário.

No entanto, o mesmo não ocorre com os contratos de trabalhadores autônomos, pois regidos pela legislação civilista que não está aparelhada para garantir a efetivação dos mesmos direitos fundamentais operacionalizados pelos empregados, dado que são classes de trabalhadores com necessidades diferentes.



O tratamento uniforme atentaria contra os direitos da personalidade, na medida que pode restringir desmedidamente a liberdade contratual dos autônomos, assim como pode conferir liberdade contratual não suportada pelo empregado, hipossuficiente, que ficaria sujeito à exploração.

Em outras palavras, à luz dos direitos da personalidade, as escolhas do empregado rogam por maiores proteções para serem legítimas, enquanto as escolhas dos autônomos necessitam de maior liberdade, pois dotados de maior poder negocial.

O empregado, objeto principal da legislação trabalhista, está presumidamente em situação de desigualdade e tem seu contrato averiguado sob manto do princípio da proteção (DELGADO, 2019), ao passo que, na legislação civilista, o trabalhador, não acobertado pelo mesmo princípio, será tratado de forma isonômica ao seu contratante.

Neste diapasão, reconhecendo a desigualdade entre as partes, a norma celetista busca operacionalizar os direitos fundamentais, especialmente aqueles arrolados no artigo 7º da CF, criando regras infraconstitucionais que regimentam e, por isso, dão eficácia a esses direitos.

Em relação à legislação civilista, mesmo que reconheçamos a horizontalização dos direitos fundamentais, confirmando a existência de um Direito Civil Constitucional, termo utilizado para interpretar o ordenamento jurídico de forma unitária (TARTUCE, 2018), via de fato, não seria possível postular a aplicação dos direitos fundamentais autonomamente.

Para postular a aplicação de um direito fundamental, o Estado precisa preparar a fonte de custeio, verificar as hipóteses de cabimento, entre outros fatores. Ou seja, autonomamente, há total impossibilidade de os direitos fundamentais do trabalhador serem pleiteados.



Em suma, defende-se que os direitos fundamentais do artigo 7º da CF, apesar de direcionados ao gênero trabalhador, tem seus efeitos adstritos à espécie de trabalhador que detém vínculo empregatício, pois as normas infraconstitucionais que possibilitaram a produção de efeitos e preveem o custeio do benefício, são, em sua grande maioria, do regime celetista.

O §1º do artigo 193 da CLT ilustra o ponto defendido, pois prevê, aos empregados, um adicional de 30%, calculado sob o salário base, para aqueles que trabalham em ambiente perigoso. Tal benefício é decorrente de um direito fundamental, artigo 7º, XXIII, CF, e direcionado ao gênero trabalhador. Todavia, só terão acesso ao instrumento de efetivação, artigo 193 da CLT, aqueles trabalhadores com vínculo de emprego, enquanto os prestadores de serviço autônomos, por serem regidos pela legislação civilista, não lograriam êxito ao requerer, na justiça cível, o aludido adicional.

Nessa perspectiva, torna-se elementar a separação do contrato de trabalho intermitente, alvo de tutela da legislação trabalhista, daquele exercido por profissional autônomo, sob pena de deturpação do conceito de emprego que importaria no deslocamento de direitos fundamentais, em vista da falta de aparelhamento jurídico.

Cite-se como exemplo a Medida Provisória (MP) nº 808, que perdeu vigência no dia 23 de abril de 2018, e que, ao ambicionar a regulamentação do contrato intermitente, gênero, afastou o acesso do trabalhador ao seguro desemprego (BRASIL, 2017), um direito fundamental que deveria ser garantido a todos os empregados.

Ocorre que o objetivo do legislativo, claramente era a regulamentação de todas as formas de contrato intermitente e, em vista disso, enxergando que não haveria fonte de custeio capaz de fazer frente ao seguro desemprego, retirou o direito de toda essa classe de trabalhadores, até mesmo daqueles não eventuais.



Nos termos aduzidos anteriormente, o estudo demonstra que o contrato intermitente é gênero e, para ostentar a qualidade de emprego, precisa preencher os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, pois a norma não está presa ao âmago do legislativo, mas sim, confinada aos princípios gerais do sistema no qual foi inserida, impedindo-se interpretações extensivas que desvirtuem conceitos gerais.

Nesta quadra, a doutrina dividiu o trabalho intermitente em duas modalidades, a de trabalho “alternado”, no qual há definição prévia do *quantum* e do *quandum* da prestação de serviço, e a modalidade “à chamada”, não havendo nenhuma garantia ao trabalhador, pois ele não sabe quando irá trabalhar e, sequer, quanto vai receber (VEIGA, 2018).

Não obstante a divisão do trabalho intermitente em duas modalidades, os doutrinadores e a jurisprudência, majoritariamente, defendem que o legislador da Reforma Trabalhista adotou a modalidade “à chamada”.

Contudo, nos termos defendidos no corrente estudo, a modalidade “à chamada” é incompatível com a legislação trabalhista, pois orientada pela legislação civilista e, dessa maneira, exercida por profissionais autônomos que, no exercício de seus direitos da personalidade, contam com maior liberdade contratual.

Ademais, como visto, para se garantir a aplicação dos direitos fundamentais, será essencial a divisão dos trabalhadores intermitentes em duas categorias, mas que se diferenciem pela presença, ou não, do vínculo empregatício.

O contrato intermitente na modalidade “alternada”, por garantir uma remuneração constante ao trabalhador e não ser eventual, enquadra-se nos requisitos do vínculo empregatício e, conseqüentemente, gozam da proteção dos direitos fundamentais, pois aparelhados pela legislação celetista.



De outra sorte, os trabalhadores intermitentes autônomos, na modalidade “à chamada”, apesar de fazerem jus à mesma proteção constitucional, pois trabalhadores, são regidos pelo Direito Civil que, ao não vislumbrar a mesma hipossuficiência, não concede a operacionalização dos mesmos direitos fundamentais, permitindo o livre desenvolvimento da personalidade, visto que a menor hipossuficiência deve permitir maior liberdade contratual.

Deste modo, ao reconhecer somente o trabalhador intermitente, na modalidade “alternado”, como empregado, estar-se-á garantindo acesso ao direito fundamental, previsto no artigo 7º, VII, da CF, da garantia de salário, pois, como explanado, nesta modalidade há previsão do quanto e quando o trabalhador irá receber.

Além disso, o trabalhador continuará tendo acesso às férias remuneradas, nos termos do artigo 7º, XVII, da CF, porém seu valor será pago antecipadamente para que sua base de cálculo facilite o acesso a outro direito fundamental, o da aposentadoria, artigo 7º, XXIV, da CF, pois, como já explicado, para ter acesso à aposentadoria, o trabalhador deve realizar uma contribuição referente a, pelo menos, um salário mínimo.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade enquadram-se na categoria de direito fundamental, pois ligados aos atributos físicos, psíquicos e morais do trabalhador, ou seja, são inerentes à pessoa humana (FERIATO; SILVA, 2020), sendo necessário, portanto, garantir o acesso à



legislação trabalhista para aqueles favorecidos com o vínculo empregatício, pois instrumento de efetivação dos direitos da personalidade.

Nos termos das críticas lançadas no capítulo anterior, para a doutrina e jurisprudência majoritária, o legislativo apenas regulamentou o “bico” (ALVES, 2018) que passou a ser utilizado na base de cálculo do CAGED (CAGED, 2019), aumentando o número de “empregados”.

Na realidade dos fatos, possivelmente, em vista da forma com que o contrato intermitente tem sido utilizado, o aumento do número de postos de trabalho decorre da formalização de um contrato que, informalmente, já existia. Ou seja, vias de fato, não houve aumento no número de vagas.

Nesta senda, a formalização deste contrato de trabalho “servirá para mascarar, a princípio, estatísticas do índice de desemprego, na medida que muitos trabalhadores sob o novo regime do contrato intermitente se declararão empregados” (ARARIPE, 2017).

O fato de trabalhadores autônomos comporem a base de cálculo do CAGED, coloca em risco toda a sociedade, na proporção em que, ao desconhecer o real nível de desempregados, o Estado vivenciará dificuldade de adotar políticas públicas em prol do desenvolvimento social e a população, por sua vez, não terá informações precisas sobre o que reivindicar ao Estado.

O trabalho intermitente do autônomo, “inquieta e desestimula o trabalhador, levando-o ao desgaste psicológico com graves e negativas repercussões familiares e no convívio interpessoal geral, inclusive na relação com colegas de trabalho” (FRANCO FILHO, 2018).

Repete-se, por isso, acerca da necessidade de se separar o contrato de trabalho intermitente em duas espécies, prezando por aquela que se enquadra nas regras celetista, na



modalidade “alternada”, pois, apesar dos impactos negativos da jornada variável, será menos prejudicial do que o contrato sem vínculo empregatício, na modalidade “à chamada”.

Acrescenta-se que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) possui, em especial, duas Convenções Internacionais, 95 e 168, que, quando aplicadas ao trabalho intermitente, também apontam para a imprescindibilidade de se diferenciar o contrato intermitente do empregado, daquele executado pelo autônomo.

A Convenção 95 da OIT, em seu artigo 12, prevê que “o salário será pago em intervalos regulares. A menos que haja outras combinações satisfatórias que assegurem o pagamento do salário com intervalos regulares” (OIT, 1949).

Como visto, a CF/1988, no artigo 7º, VII, prescreve a garantia ao salário no rol de direitos fundamentais. Sendo assim, o entendimento de que um empregado pode, injustificadamente, passar meses sem receber, confronta com o ordenamento jurídico nacional e internacional.

Ademais, a Convenção 168 da OIT, determina que os Estados membros contribuam para a promoção do pleno emprego produtivo (OIT, 1988). Em outros termos, promoção do emprego em período integral.

Evidentemente que, nenhuma das modalidades do contrato intermitente acolhe, sem ressalvas, o instrumento internacional, pois ambas representam uma forma de trabalho precária, mas, a modalidade “alternada”, ao menos, garante que o emprego será, mensalmente, produtivo e, portanto, remunerado.

Não bastasse isso, a Recomendação 198 da OIT prevê que os países precisam combater as relações contratuais simuladas que visam a precarização do trabalho, retirando proteções que seriam conferidas no contrato verdadeiro (OIT, 2006).



A Recomendação estampa a necessidade defendida desde o início do estudo, ou seja, o contrato intermitente deve ser dividido em duas espécies, evitando-se a classificação de um contrato simulado que, possivelmente, visa disfarçar o alto índice de desemprego.

Conferir ampla liberdade contratual aos empregados, permitindo que as negociações privadas retirem seus direitos fundamentais, sem consentimento e sem possibilidade de reação, “configura em violação geral ao livre desenvolvimento da personalidade do particular” (DUQUE, 2019). O autônomo, por outro lado, não possui a mesma hipossuficiência e, portanto, seus direitos da personalidade permitem maior regência sob seu contrato.

Assim, deve estar claro que o contrato intermitente, na modalidade “à chamada”, pertence à legislação civilista e, à vista disso, não deve ser utilizada na base de cálculo do CAGED, pois, mascarar o real índice de desempregados prejudica o Estado e sua população, podendo deixar milhares de trabalhadores sem acesso a seus direitos fundamentais, vítimas do capitalismo exacerbado que transaciona o trabalhador como um objeto, uma ferramenta de produção, tolhendo seus direitos da personalidade.

CONCLUSÃO

O estudo responde ao problema proposto no início, demonstrando a importância de se visualizar o contrato intermitente como gênero do qual se desprende duas espécies, uma que ostenta o vínculo empregatício, na modalidade “alternada”, e outra sem o vínculo, na modalidade “à chamada”.

Não obstante a crítica despendida ao contrato intermitente na legitimada modalidade “alternada” que, ao dispor de uma jornada móvel e variável, precariza o trabalho, essa nova forma de contratação ocorre em diversos países, não cabendo ao direito combater



essa nova realidade produtiva, mas se adequar e, de forma razoável e proporcional, interpretar o novo instituto de forma humana.

Observe-se que, antes da regulamentação do trabalho intermitente, algumas empresas aplicavam a jornada móvel e variável mediante a contratação de trabalhadores em regime de tempo parcial, o que não era aceito pela jurisprudência.

Todavia, esse fato demonstra que essa nova forma de contratação, com a jornada variável, atende uma necessidade empresarial, podendo favorecer positivamente no número de vagas de emprego. Quer dizer, vagas de emprego com jornada pré-definida, mas distribuída conforme à vontade do empregador e refém do aceito do empregado.

De outra sorte, ao considerar, nos termos propostos pela doutrina e jurisprudência majoritária, que o legislativo impôs contratação do trabalhador intermitente na modalidade “à chamada”, verifica-se o afastamento dos direitos fundamentais, pela inaplicabilidade das regras celetistas que consubstanciam em instrumentos de efetivação desses direitos fundamentais. Os direitos da personalidade, por sua vez, possuem qualidade de direitos fundamentais, pois ligados aos atributos físicos, psíquicos e morais do trabalhador.

Diante do cenário atual, com uso indiscriminado do contrato intermitente, principalmente em função da suposta regulamentação da modalidade “à chamada”, constata-se o afastamento dos direitos fundamentais, em virtude da ausência de aparelhamento jurídico, tornando precária essa forma de contratação.

Em outras palavras, o trabalhador intermitente na modalidade “à chamada”, por não fazer frente ao custeio necessário à manutenção dos direitos fundamentais, acaba com a operacionalidade desses direitos por toda essa classe de trabalhadores.

Em síntese, seria imprescindível a divisão do contrato intermitente em duas espécies, pois, só assim, seria possível garantir o acesso aos direitos arrolados no artigo 7º



da CF. Isto é, os empregados, na modalidade “alternada”, recebem maiores restrições contratuais pela aplicação da legislação celetista, enquanto o autônomo, na modalidade “à chamada”, possui maior liberdade contratual. Cenário que leva em conta as necessidades específicas de cada cenário, permitindo o livre desenvolvimento da personalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 346, p. 9-39, abr. 2018.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato? Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso Uber. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 83, n. 1, p. 330-362, jan./mar. 2017

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. Gig economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho na nova economia. São Paulo: LTr, 2019. Pág. 84-123

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 22 março 2020

_____. Consolidação das Leis Trabalhistas (Lei n. 13.467 de 2017). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em: 22 março 2020



_____. Constituição Federal. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 março
 2020

_____. Lei n. 4.090/1962. Disponível em
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4090.htm> Acesso em 06 de abril de 2020

_____. Lei n. 13.134/2015. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13134.htm> Acesso em:
 22 março 2020

_____. Medida Provisória n. 808/2017. Disponível em:
 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm> Acesso
 em: 22 março 2020

_____. RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa n. 1867, de 25 de janeiro de 2019. Disponível
 em: < <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=98303>>
 Acesso em: 22 março 2020

_____. Tribunal Superior do Trabalho – Acórdão. Agravante: CLS Restaurante Rio de Janeiro.
 Agravado: Ronei Paraizo Gomes. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DF,
 2014. DOU. Brasília.

_____. Tribunal Superior do Trabalho – Acórdão. Agravante: Companhia Municipal de
 Trânsito e Urbanização. Agravado: Erica Takahashi. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan
 Pereira. Brasília, DF, 2018. DOU. Brasília.

CAGED. Nível de emprego formal celetista. Disponível em: <
<http://pdet.mte.gov.br/images/ftp//dezembro2019/nacionais/2-apresentacao.pdf>>
 Acesso em 31 de março de 2020



CALHÃO FILHO, Luiz Antônio V. A Nova Era Trabalhista: Uma abordagem histórica do Direito do Trabalho, sua evolução e seu futuro após a Reforma Trabalhista. São Paulo: LTr, 2018. Pág. 38-42

CID, Clarissa Felipe. Contrato de trabalho intermitente e a precarização do direito do trabalho. Revista Fórum Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, v. 34, n. 398, p. 57-66, fev. 2017.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho intermitente - trabalho "zero hora" - trabalho fixo descontínuo: a nova legislação e a reforma da reforma. Revista LTr: legislação do trabalho, São Paulo, v. 82, n. 1, p. 38-46, jan. 2018.

CONAMAT. Disponível em: <
https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf> Acesso em: 21 de março de 2020

DUQUE, Marcelo Schenk. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, Editora dos Editores, 2019.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 44, n. 188, p. 77-88, abr. 2018.

FERIATO, Juliana Marteli Fais; SILVA, André Rodrigues Pereira. O Dano Existencial sob a Perspectiva da Perda de uma Chance: A Liberdade de Escolha, os Valores Vitais e o Sentido da Vida. In: Temáticas do Meio Ambiente de Trabalho Digno: volume II. São Paulo: Ltr, 2020. P. 55-67.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Marcos Vinicius Soler. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe. V. 9, N. 1, 2021.



JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 29, n. 346, p. 40-43, abr. 2018.

KRELL, Andreas Joachim; SILVA, Carlos Henrique Gomes da. Por uma concepção neoconstitucional da cidadania: da cidadania política à cidadania social e jurídica. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe. V. 9, N. 1, 2021.

MOURA, Marcelo. Consolidação das Leis do Trabalho para Concursos. 7. ed. rev. Amp. Rio de Janeiro: Juspodivim, 2018.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção 168. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236246/lang--pt/index.htm> Acesso em 1 de abril de 2020

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção 95. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235184/lang--pt/index.htm> Acesso em: 1 de abril de 2020

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Recomendação 198. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument> Acesso em: 02 de abril de 2020.

PÁDUA, Thiago Pádua; SOUTO João Carlos. Da propriedade à moradia: breve estudo sobre a evolução constitucional brasileira. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe. V. 9, N. 1, 2021.

SALES, Teresa Helena Barros; LEITE, Renan Castro Cordeiro. A reforma trabalhista e a legalização do contrato intermitente no Brasil: precarização x segurança jurídica do trabalhador a partir da análise do RR 10454-06.2018. In: Trabalho e Humanidade: em Homenagem ao Centenário da OIT e aos 10 anos da Escola Judicial do TRT da 16ª Região. LTr: São Paulo, 2019. Pág: 208-215



SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019 p. irregular

SILVA, Leda Maria Messias da; RODRIGUES, Ana Paula Dalmás. Contrato Intermitente: Empregado e sem Trabalho. In: Temáticas do Meio Ambiente de Trabalho Digno: volume II. São Paulo: Ltr, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PASSAFARO, V. L. O. A eugenia social e os direitos da personalidade: uma leitura no campo da loucura. Revista Jurídica Cesumar: Mestrado (online), v.20, p.11 - 28, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PASSAFARO, V. L. O. Direitos da personalidade, vulnerabilidade e adolescente sob uma perspectiva winnicottiana. Revista Quaestio Iuris, v.13, p.25 - 46, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PASSAFARO, Valesca Luzia de Oliveira. Abuso de poder nas relações de vulnerabilidade: direitos civis para quem? Revista Argumentum (UNIMAR), vol. 20, n. 1, jan. - abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; LOPES, Marcelos Dantas. O periculum in mora reverso como garantia dos direitos da personalidade. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe. V. 9, N. 1, 2021.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. Reforma trabalhista e trabalho intermitente In: TUPINAMBÁ, Carolina; GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). A reforma trabalhista: o impacto nas relações de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZAMBAM, Neuro José; SILVEIRA, Margarete Magda da. Projeto renda mínima de cidadania: solução para equidade social. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe. V. 9, N. 1, 2021.