

**O TRABALHO INTERMITENTE NA
LEGISLAÇÃO LABORAL ITALIANA E
BRASILEIRA¹⁷⁸**

Francesca Columbu¹⁷⁹

RESUMO: O presente texto visa analisar a disciplina do trabalho intermitente como elaborada pela legislação italiana (Decreto Legislativo n. 81/2015) e brasileira (Lei n. 13.467/2017). Já presente em outros ordenamentos estrangeiros – conhecido como *on-call employment, lavoro intermittente/lavoro a chiamata* –, o trabalho intermitente se insere entre as tipologias de trabalho flexível ou também definido “atípico” que o direito do trabalho experimenta com o intuito de multiplicar as possibilidades, para as empresas, de adquirir a prestação de trabalho de forma compatível com aquelas exigências de produção não determináveis no tempo, porque dependentes das flutuações da demanda. O núcleo essencial desta tipologia contratual reside na temporariedade/não continuidade da prestação; o trabalhador se coloca à disposição do empregador, que decide “se” e “quando” utilizar a prestação do mesmo.

ABSTRACT: *This article looks at the practice of intermittent work as conceptualised by Italian (Legislative Decree n.81/2015) and Brazilian legislation (Law n. 13.467/2017). Intermittent work, known also to other judicial systems as, on-call employment or lavoro a chiamata/lavoro intermittente in Italian, can be considered amongst the categories of flexible work. Labour law has experimented such forms – also defined as “atypical” or “non-standard” work – with*

the aim of increasing the companies’ possibilities of acquiring the workers’ services to satisfy certain production requirements which are dependent on the fluctuations of market demand. The core of this contractual form lays in the temporary nature and non-continuity of the service provided by the worker who remains available whenever employers decide whether and when to employ his/her services.

INTRODUÇÃO

Escrever um texto de direito comparado nunca é tarefa fácil. O Direito é uma ciência viva, em constante transformação. As variáveis que o compõem (sociais, políticas, geográficas, históricas, econômicas entre outras) impõem bastante cuidado na hora de colocar distintos ordenamentos jurídicos um ao lado do outro. Neste exercício, é importante não “usar” o direito do “outro” com objetivos apenas estáticos, voltados à simples análise do direito positivo em confronto. Tal tipo de raciocínio levaria à estéril e superficial constatação apenas das similitudes e/ou diferenças entre os objetos em questão. O que é interessante, principalmente em uma perspectiva histórico-social, é comparar os institutos jurídicos fazendo do objeto comparado uma lupa que permite nos aprofundarmos no conhecimento de nossa própria realidade.

¹⁷⁸ Artigo publicado pela Revista dos Tribunais | vol. 984/2017, p. 277-301 | Out / 2017 DTR\2017\6429.

¹⁷⁹ Doutora em Direito pela Universidade de Roma “Tor Vergata” e pela Universidade de São Paulo (USP). Membro do Corpo Docente do Doutorado em “Teoria dos contratos, dos serviços e dos mercados”

– Faculdade de Economia da Universidade de Roma “Tor Vergata”. Professora na Universidade Presbiteriana Mackenzie (CCT - Campinas). Membro do Instituto Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho.

Como sempre me ensinou meu mestre, “a comparação jurídica permite conhecer melhor, em primeiro lugar, o próprio direito nacional, confrontando-o com outros ordenamentos. Do confronto, surgem, de fato, mais claramente, os contornos das normas nacionais”¹⁸⁰.

É com tal propósito que foram elaboradas as reflexões presentes neste texto, na esperança de que a experiência jurídica do contrato de trabalho intermitente própria da legislação italiana seja um espelho para melhor enxergar a similar figura jurídica criada recentemente no ordenamento brasileiro.

DA FLEXIBILIDADE DAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A polêmica Reforma Trabalhista, contida na recente Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, criou no ordenamento jurídico brasileiro, entre outras inúmeras novidades, a figura contratual do trabalho intermitente.

Já presente em outros ordenamentos estrangeiros – conhecido como *on-call employment*, *lavoro a chiamata* ou *lavoro intermittente*, *zero hours contract* –, o trabalho intermitente se insere entre as tipologias de trabalho flexível ou também definido “atípico”

que a legislação laboral experimenta com o intuito de multiplicar as possibilidades, para as empresas, de adquirir a prestação de trabalho de forma compatível com aquelas exigências de produção não determináveis no tempo, porque dependentes das flutuações da demanda.

A nova tipologia contratual se apresenta como uma modalidade da prestação do trabalhador como “subespécie” da relação de emprego. Neste caso, o trabalhador oferece a própria atividade de maneira descontínua, conforme as necessidades produtivas ou de serviço, do empregador.

O *lavoro intermittente* aparece pela primeira vez na Itália com o Decreto Legislativo n. 276/2003, também conhecido como “Reforma Biagi”. A prática laboral italiana o define também como trabalho “*a chiamata*” (por chamada), justamente porque o trabalhador se coloca “à espera” ou “à disposição” da eventual “chamada” do empregador para exercer a própria prestação. O clima de descontentamento e de perplexidade dos operadores do direito, na Itália – com a entrada em vigor de tão complexa reforma do mercado de trabalho –, foi similar às atuais polêmicas e medos difusos na sociedade brasileira após a aprovação da reforma ora analisada. Após vários ajustes normativos¹⁸¹, atualmente a regulamentação de tal tipologia

¹⁸⁰ PERONE, Giancarlo. BOSON, Luis Felipe Lopes. *Sindicatos na União Europeia e no Brasil: estímulos para uma reflexão comparativa*. São Paulo, LTr, 2015, p. 15.

¹⁸¹ A disciplina desta especial tipologia de contrato laboral sofreu na Itália diversas modificações, além das citadas. Ao longo dos doze anos que nos separam da sua primeira elaboração até a última formulação do Decreto Legislativo n. 81/2015, ela foi primeiro

contratual encontra-se no Decreto Legislativo n.81/2015 (que se insere no chamado *Jobs Act*).

Antes de mergulhar na disciplina jurídica específica deste instituto, parece necessário, todavia, colocá-la no contexto histórico no qual e pelo qual vive.

Assistimos há quase três décadas àquela que David Harvey¹⁸² chamou de *flexible accumulation*, a flexibilidade dos processos de produção, dos produtos em si, dos padrões de consumo e, evidentemente, do mercado de trabalho.

Já no começo dos anos 1980, o sistema do trabalho assalariado encontra as primeiras dificuldades perante as oscilações econômicas. Até então o direito do trabalho é representado pela noção e regulamentação do trabalho subordinado, a tempo pleno e por prazo indeterminado, junto com a correspondência entre quem utiliza a prestação do trabalhador e o sujeito que assume juridicamente a relação.

A crise econômica do final dos anos 1970, junto com a passagem, ainda talvez não concluída, do fordismo para o pós-fordismo, evidenciaram a ineficiência de um único modelo

de relações de trabalho condicionadas por uma pluralidade de modelos de produção, não capaz, portanto, de abraçar a complexidade da realidade econômico-social em transformação.

O imperativo oriundo do vocabulário econômico é *flexibilidade*. Todavia, tornar as relações laborais mais flexíveis é um conceito ambíguo e nem sempre apresentado corretamente, em primeiro lugar, porque pode-se obter o mesmo resultado com diferentes técnicas de elaboração jurídica. Não existe um conceito unívoco, portanto. Em segundo lugar, porque o termo andou sempre mais se confundindo, até se tornar sinônimo, de “precariedade”, que é um conceito mais apropriado para uma condição subjetiva e não pode ser identificado com uma técnica de juridificação das relações de trabalho¹⁸³.

Com relação às modalidades através das quais podem se criar relações de trabalho mais flexíveis, estas podem ser divididas em: *flexibilidade externa*, que faz referência às formas de admissão no emprego (várias tipologias contratuais com diferentes objetivos, caracterizadas principalmente pela

reogada pela Lei de 24 de dezembro 2007, n. 2473. Ressurgiu, depois, com o decreto-lei de 25 de junho 2008, n. 1124; modificada pela lei 28 de junho 2012, n. 92 (“Lei Fornero”) e novamente modificada pela lei de 9 de agosto de 2013, n. 99.

¹⁸² HARVEY, David. *A condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 22. ed. São Paulo: Loyola, 2012. p. 135-136.

¹⁸³ Precário, anote-se, é uma condição subjetiva do trabalhador dentro de um determinado mercado de

trabalho, como sabemos condicionado por diferentes variáveis. A precariedade não depende necessariamente do “tipo” contratual. O vínculo pode ser empregatício, mas, dado o salário extremamente baixo não permite uma mais sólida condição de vida. Ao mesmo tempo se compare, por exemplo, o trabalhador nórdico-europeu, lugar onde existe uma elevada rotatividade no emprego; aparentemente tal temporaneidade difusa corresponde à precariedade, mas, nesse caso, o sistema do mercado de trabalho oferece garantias e proteções além da relação de emprego que tornam a vida profissional menos incerta.

temporariedade/provisoriedade do vínculo contratual) e à disciplina da dispensa (especialmente no caso da possibilidade de monetarização/indenização da mesma). Falamos de *flexibilidade interna* nos casos em que o trabalhador não perde a própria posição empregatícia, mas a “restringe”, com a finalidade de reduzir ou até anular a possibilidade de desemprego. Esta se caracteriza por aquelas medidas que permitem modificações durante a relação de trabalho: tipo a modulação do horário de trabalho (muito usada no ordenamento alemão), ou como, por exemplo, a *flexibilidade funcional* (mobilidade funcional) ou a *flexibilidade salarial*, ligada à redução do custo do trabalho equilibrada através de medidas de suporte à renda.

Existe, finalmente, outra declinação do conceito de flexibilidade relativa à forma em que é introduzida no ordenamento jurídico. Fala-se em *flexibilidade normatizada* ou *legislada* quando é o legislador que se impõe na atenuação da rigidez do vínculo empregatício; diferente da *flexibilidade negociada*, também conhecida no ordenamento jurídico italiano como *sindicalmente controlada*, que é caracterizada pela participação das organizações sindicais no processo de re-regulamentação da prestação ou do emprego como um todo. Participação esta que pode acontecer com uma delegação normativa para determinados âmbitos indicados ou, ainda, na obrigatoriedade de informação/consulta e monitoramento da

organizações sindicais que garantem a correta execução da flexibilidade.

Ao longo das experiências da flexibilidade, o imperativo categórico próprio das relações de trabalho tornou-se, portanto, “temporariedade”, abalando, assim, um dos pressupostos da construção dogmática do trabalho do século XX, a estabilidade no emprego no sentido de continuidade do mesmo, como garantia principal a partir da qual criou-se um corolário de reflexos jurídicos próprios da legislação laboral que justamente em função de tal postulado fundam a própria razão de ser.

Neste contexto é que surge o chamado trabalho atípico ou trabalhos atípicos como articulações contratuais do direito do trabalho que são oriundas da chamada demanda flexível de trabalho. Atipicidade, por conseguinte, ligada ao nível de distanciamento que as novas tipologias contratuais manifestam com relação ao conteúdo típico da relação de emprego clássica.

O legislador italiano privilegiou por muito tempo aquele tipo de flexibilidade externa que se caracteriza pela multiplicação das formas de acesso ao emprego, criando uma série de tipologias contratuais (principalmente com o Decreto Legislativo n. 276/2003). Mais recentemente, porém, rompeu-se o “tabu” ligado à disciplina da dispensa, que foi quase completamente “monetarizada” com a introdução do chamado *Jobs Act*, que autorizou,

também, a dispensa imotivada mediante o pagamento de indenização.

Ao contrário, o Brasil não teve a proliferação de contratos “atípicos” de emprego, principalmente pela não necessidade no mercado de trabalho de tais tipologias de emprego “temporários ou descontínuos”, pela presença, já antiga, de uma forte *flexibilidade externa* ligada à disciplina da dispensa¹⁸⁴ de após a instituição do regime do FGTS, e mais ainda com a entrada da Constituição de 1988. Por último, sempre com relação ao ordenamento laboral brasileiro, ressalta-se o forte conteúdo “potencialmente flexível” principalmente onde se constitucionaliza a *flexibilidade salarial* (CF, art. 7º, VI).

Tal enfraquecimento da estabilidade leva consigo uma consequência (talvez a mais perigosa) hoje extremamente evidente, vale dizer, o deslocamento do risco econômico que sai da relação empregatícia para se espalhar no mercado de trabalho.

O sociólogo Ulrich Beck representou uma das principais referências no estudo da chamada “sociedade do risco”¹⁸⁵. O autor descreveu a transformação do trabalho e os reflexos para a sociedade em geral, apontando sua atenção principalmente para as distorções devidas ao estremecimento dos três pilares da

sociedade assalariada: direito do trabalho, local de trabalho, jornada de trabalho. Pelo autor, a horizontalização da empresa, que perde seu caráter vertical e centralizador próprio da produção fordista, junto com a articulação contratual ou flexibilidade das relações de emprego, levaria a duas importantes consequências: a privatização dos riscos e dos relativos custos pelos trabalhadores, e o surgimento de “subempregos” flexíveis e plurais. Tal mercado de trabalho será caracterizado por uma *generalização de incertezas ocupacionais*, o desemprego desaparece, é absorvido de modo generalizado por novas formas de emprego precário. O desenvolvimento, neste sentido, parece ao autor ambíguo e contraditório; tal sistema proporcionaria vantagens e desvantagens que se entrelaçam indissolavelmente, mas cujas consequências e riscos consideráveis permanecem imprevisíveis para a consciência e a atuação políticas.

É justamente com o fim de juridificar em sentido equilibrador tal complexo fenômeno, interessado por diferentes variáveis, que nasce a chamada *flexicurity*, principalmente nos ordenamentos do norte da Europa. Segundo este modelo – que constitui ainda hoje a principal tendência regulatória do mercado de trabalho no

¹⁸⁴ De fato, permitir a indenização da rescisão do contrato de trabalho, em detrimento da reintegração do trabalhador, é uma forma de obter o mesmo resultado ligado à contratação através de tipologias

flexíveis, ou seja, garantir a temporaneidade da relação contratual, do vínculo.

¹⁸⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 209.

âmbito da União Europeia –, é possível reduzir a carga de proteção construída ao redor da relação de emprego, flexibilizando-a, preocupando-se – simultaneamente – em garantir, por outro lado, um conjunto de proteção à pessoa dentro do mercado de trabalho através da instituição de um sistema coerente de amortecedores sociais e de seguridade social, e também de medidas governamentais de políticas ativas de emprego (todas aquelas políticas públicas que favorecem a ocupação ou a inserção no mercado de trabalho).

Tal lógica é um claro exemplo da transformação do conceito de regulação do trabalho, que sai parcialmente do *locus* clássico onde sempre se albergou, a relação de emprego, para se espalhar no mercado de trabalho.

A descontinuidade e a temporariedade próprias de nossos tempos é que nos demandam uma renovada análise do ordenamento laboral nesse sentido.

É ingênuo querer negar as solicitações por uma mudança de paradigma no direito do trabalho. Mais urgente, ao contrário, seria a necessidade de contribuir para elaborações jurídicas que sejam capazes novamente de equilibrar a inata desigualdade contratual das relações de trabalho, as quais, como qualquer

outro fato social, estão em constante transformação. Para um direito do trabalho que seja capaz de oferecer à pessoa que trabalha o conjunto de medidas necessárias para que ela nunca seja ameaçada na sua dignidade e alcance as aspirações de crescimento pessoal e social.

O TRABALHO INTERMITENTE NA ITÁLIA

Como mencionado acima, o contrato de trabalho intermitente nasce na Itália com a Reforma Biagi em 2003, uma reforma extremamente importante para o direito italiano, já que se impôs radicalmente nas relações laborais, permeando-as de intensas doses de flexibilidade. Inspirada no modelo da *flexicurity*, concentrou-se principalmente na criação de inúmeras possibilidades contratuais para diversificar a admissão de mão de obra na empresa, dando lugar àquele que foi definido criticamente um *shopping contractual*. Cabe ressaltar que tal versão italiana da *flexicurity* despertou várias críticas, principalmente por não ter sido capaz de construir um coerente e eficaz sistema de amortecedores sociais e de políticas ativas de emprego para balancear a referida intensa flexibilização¹⁸⁶.

para o emprego e ao sistema de amortecedores sociais. Nossos institutos nestas matérias são caracterizados por regras e estruturas que estão longe das melhores experiências europeias, que aliás se revelaram ao longo do tempo distorcedores da eficiência e equidade do nosso sistema”.

¹⁸⁶ Neste sentido, como salienta TREU, Tiziano. *Flexicurity e oltre*. WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. INT – 135/2017, p. 18: “o atraso e a parcialidade das nossas reformas são principalmente evidentes nas intervenções no mercado de trabalho, ligadas aos serviços, ao emprego, às políticas ativas

Com relação ao contrato de trabalho intermitente, a doutrina o definiu, na época, como “a versão extrema de um ajuste contratual no qual o tempo de trabalho representa um elemento indeterminável, ou determinável eventualmente, em função das contingentes e variáveis exigências produtivas da empresa”¹⁸⁷.

Como já mencionado, as regras originárias deste instituto eram contidas nos artigos de 33 até 40 do Decreto Legislativo n. 276/2003, hoje revogados pelo Decreto Legislativo 81/2015¹⁸⁸, conhecido como “Jobs Act”¹⁸⁹, que coloca a disciplina do trabalho intermitente na parte intitulada “*Trabalho com jornada reduzida ou flexível*” e, mais especificamente, nos artigos de 13 a 18.

Conforme o art. 13 do Decreto Legislativo n. 81/2015, entende-se por trabalho intermitente o contrato “(...) *através do qual o trabalhador se coloca à disposição de um*

empregador que pode utilizar a prestação de trabalho deste de forma descontínua ou intermitente segundo as exigências indicadas pela contratação coletiva, com referência também à possibilidade de desempenhar as prestações em períodos pré-estabelecidos ao longo da semana, do mês ou do ano (...)”¹⁹⁰.

O primeiro parágrafo do artigo caracteriza a tipologia contratual pela modalidade de utilização da prestação laboral feita pelo empregador, ou seja, de forma descontínua conforme as possibilidades e as situações indicadas pela contratação coletiva¹⁹¹ ou (na falta desta) pelo Ministério do Trabalho, podendo também ser indicados períodos de tempo limitados em que a prestação do trabalhador possa ser exigida (durante a semana, o mês ou o ano).

Estabelece-se, portanto, o núcleo essencial desta tipologia contratual, que reside na

¹⁸⁷ VOZA, Roberto. *I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*. WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT – 37/2005, p. 20.

¹⁸⁸ Normas revogadas expressamente pelo art. 55, parágrafo 1, d), do Decreto Legislativo de 15 de junho de 2015, n. 81.

¹⁸⁹ Em matéria de trabalho atípico, o legislador do *Jobs Act*, especificamente o decreto legislativo n. 81/2015, reestrutura a administração da flexibilidade laboral com relação, em primeiro lugar, à disciplina da duração do vínculo contratual, modificando em parte a disciplina do contrato a prazo; a disciplina da duração da prestação de trabalho, modificando a disciplina do contrato *part-time* e o contrato de trabalho intermitente; a disciplina de contratos de trabalho sem vínculo de emprego, como no caso do trabalho chamado de “*accessório*” (recentemente revogado); como também revisitando as normas

ligadas à terceirização da prestação, portanto, ligadas à interposição de mão de obra.

¹⁹⁰ “Art. 13. *Definizione e casi di ricorso al lavoro intermittente: 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 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 (...)*”.

¹⁹¹ O art. 51 do mencionado decreto especifica que, aos fins da norma, se entende por contratação coletiva aquela nacional, territorial e de empresa, quando estipulada por associações sindicais comparativamente mais representativas no plano nacional; e os acordos coletivos de empresa estipulados pelos representantes destas ou pelas organizações unitárias de empresa.

temporiedade da prestação, na eventualidade da mesma; o trabalhador se coloca à disposição do empregador que decide “se” e “quando” utilizar a prestação do mesmo.

O primeiro limite, no entanto, consiste na obrigatoriedade do respeito das hipóteses objetivas, que legitimam o recurso ao contrato intermitente, ou seja, as pontuais exigências individuadas pelas organizações sindicais ou por específica tabela disposta pelo Ministério do Trabalho.

Nada impede, como especifica a segunda parte do artigo, que se estipule um contrato de trabalho intermitente por períodos determinados na semana, no mês, no ano (sempre perante as necessidades que a contratação coletiva identifica). Nesta última hipótese, a imprevisibilidade da “chamada” é atenuada, restringida, diminuindo a incerteza que impregna a tipologia em geral.

O parágrafo 2 do artigo indica as hipóteses subjetivas de legítimo uso do contrato. De fato, será sempre permitida a contratação de mão de obra segundo a modalidade intermitente – mesmo não existindo as mencionadas indicações da contratação coletiva – quando se tratar de trabalhadores com menos de 24¹⁹² ou com mais de 55 anos de idade¹⁹³. A *ratio legis*

neste caso reside no intuito de querer estimular a admissão (ou readmissão) no mercado de trabalho daquela parcela de cidadãos em idade de trabalho que resulta mais afetada pelo desemprego: jovens com nenhuma ou pouca experiência profissional que querem ingressar no mercado de trabalho e trabalhadores cuja perda do emprego os colocou na delicada posição de não conseguirem reingressar, por causa da idade.

O âmbito de aplicação da norma é, portanto, sempre delimitado: no primeiro parágrafo delegando à contratação coletiva e/ou ao Ministério do Trabalho a responsabilidade de indicar quais exigências justificariam esta intensa flexibilização do contrato tradicional de emprego; no segundo caso, abrindo uma exceção a tal regra em nome da urgente necessidade de tutelar aquelas categorias menos favorecidas no mercado de trabalho devido ao fator anagnáfico.

Além das hipóteses objetivas e subjetivas, é previsto um ulterior limite de aplicação, desta vez de caráter temporal: o contrato de trabalho intermitente – estipulado entre o mesmo empregador e trabalhador – é permitido apenas por um período que no cálculo total não poderá superar os quatrocentos dias de trabalho ao longo de três anos¹⁹⁴. O trabalhador

¹⁹² Neste caso a prestação deverá ser exercida até os 25 anos.

¹⁹³ Tal forma de limitação subjetiva era presente na legislação desde sua primeira experimentação tida com o acima mencionado decreto legislativo n. 276/2003. Todavia, em tal norma a individuação de categorias mais vulneráveis na época eram jovens

desempregados com menos de 25 anos de idade e trabalhadores com mais de 45 anos de idade expulsos do mercado de trabalho.

¹⁹⁴ A limitação não se aplica aos trabalhadores dos setores do turismo, dos serviços públicos e do espetáculo.

contratado com tal modalidade, evidentemente, pode ser titular de mais de um contrato de trabalho intermitente e, portanto, talvez exercendo distintas funções, relacionando-se com distintos empregadores.

Finalmente, entre os sujeitos excluídos do âmbito de aplicação, a norma indica as relações de emprego no setor público.

Como para outras tipologias de contratos flexíveis existentes na legislação italiana¹⁹⁵, é – em qualquer caso – proibido, conforme o art. 14 do Decreto, contratar segundo a modalidade intermitente em três casos: para substituir trabalhadores em greve; para aquelas empresas que durante os seis meses que precedem a contratação tiveram uma dispensa coletiva de trabalhadores com as mesmas funções, interessadas pela nova contratação, ou tiveram suspensão da produção, redução salarial etc.; e também é proibida a contratação de trabalhadores “a chiamata” para aquelas empresas que não produziram a certificação do quadro relativo às medidas de proteção da saúde e segurança na empresa.

Vista a disciplina geral do trabalho intermitente, cabe agora analisar as duas formas de vinculação próprias desta modalidade da prestação. Desde sua primeira edição, criaram-

se, dentro do *genus* trabalho intermitente, duas *espécies*: com ou sem “garantia de disponibilidade”. A disciplina das duas distintas modalidades tentou proporcionar direitos e deveres recíprocos em virtude da presença ou não daquela característica clássica da relação de emprego: a disponibilidade do trabalhador, nas modalidades garantida ou não.

No caso do tipo “trabalho intermitente com garantia de disponibilidade”, estamos diante de um contrato em que o trabalhador se alterna entre prestações laborais e momentos à disposição do empregador; de fato, comprometendo-se com a obrigação de atender às temporárias exigências do empregador, garantindo, portanto, a própria disponibilidade; em contrapartida a ele será assegurado o direito a uma indenização pelo tempo à disposição.

A importância devida a título de indenização da disponibilidade é determinada pela contratação coletiva¹⁹⁶, mas – em nenhum caso – poderá ser inferior ao mínimo fixado periodicamente pelo Ministério do Trabalho¹⁹⁷ (ouvidas as organizações sindicais comparativamente mais representativas no âmbito nacional).

Como ressaltou a doutrina, criou-se uma “relação negocial na qual troca-se

¹⁹⁵ Veja-se quanto previsto para trabalhadores terceirizados, trabalhadores com contrato de trabalho a prazo e outras formas atípicas de trabalho.

¹⁹⁶ Art. 16, Decreto Legislativo n. 81/2015.

¹⁹⁷ Conforme o Decreto Ministerial de 20 de março de 2004 (não seguido por outra medida a respeito), a

importância da indenização mensal de disponibilidade corresponde a, no mínimo, 20% da retribuição prevista pela Convenção Coletiva aplicada no âmbito de referência.

disponibilidade *versus* indenização e, apenas eventualmente, trabalho *versus* retribuição”¹⁹⁸.

Para os fins do tratamento econômico e normativo, é sempre necessário fazer distinção entre os períodos de serviço/atividade – nos quais, em virtude dos princípios de não discriminação e proporcionalidade, se aplica a disciplina do contrato de emprego – e os períodos de inatividade, em que o estatuto protetivo é colocado em *stand-by*.

A norma especifica que a indenização pela disponibilidade “é excluída do cálculo de cada instituto de lei ou de negociação coletiva”¹⁹⁹. Neste sentido, como especificado pelo Ministério do Trabalho²⁰⁰, apenas quando existe trabalho é que a lei acorda o conjunto de proteção e tutela laboral, como o tratamento de tutela em caso de doença, acidente etc.

Para esta específica tipologia de trabalho intermitente, nos casos de impossibilidade temporária de responder à chamada (no caso de doença ou de qualquer outra situação que a torne – portanto – impossível objetivamente), o trabalhador deverá informar “imediatamente”²⁰¹ o empregador, especificando a duração do

impedimento; nesse período não terá direito a perceber a indenização de disponibilidade²⁰². No caso em que o trabalhador não informe o empregador, perderá o direito a receber indenização pela importância de quinze dias. A norma não especifica qual o limite do prazo de informação, porém, posto que o aviso prévio para chamada é de apenas um dia, parece razoável imaginar a aplicação proporcional em caso de impossibilidade da prestação.

O não atendimento injustificado da chamada²⁰³ permite a resolução do contrato e é, de fato, considerado causa justificativa da dispensa. Outrossim, tal inadimplência poderá acarretar a restituição da cota de indenização percebida com relação ao período sucessivo à recusa. Este tipo de ressarcimento do dano é considerado por parte da doutrina²⁰⁴ contrário ao princípio da proporcionalidade; de fato, no caso de demissão injustificada por parte do trabalhador vinculado com contrato de emprego por duração indeterminada, é prevista apenas a indenização pela falta de aviso prévio. A norma, portanto, entraria em conflito em primeiro lugar com o art. 2106 do Código Civil sobre a

¹⁹⁸ VOZA, Roberto. *I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” ... op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁹ Art. 16, parágrafo 2, decreto legislativo n. 81/2015.

²⁰⁰ Ministero del lavoro, circolare 3 febbraio 2005, n. 4; com relação às prestações de tipo assistencial, o Instituto Nacional de Previdência Social especifica que o tratamento de tutela da doença, maternidade e tbc, é garantido também quando ocorre durante a inatividade, se esta é indenizada (INPS, circolare 13 marzo 2006, n. 41).

²⁰¹ O trabalhador deverá apenas informar da impossibilidade, a norma não indica a necessidade de justificativa da mesma.

²⁰² Art. 16, parágrafo 4, decreto legislativo n. 81/2015.

²⁰³ Apenas para os contratos de trabalho intermitente com obrigação de resposta.

²⁰⁴ VOZA, Roberto. *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, em CURZIO, Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003. Bari, Cacucci, 2004, p. 257.

proporcionalidade das sanções disciplinares, e também com o art. 7 do Estatuto dos Trabalhadores sobre a procedimentalização das mencionadas sanções.

Conforme o art. 13 parágrafo 4 do decreto legislativo, o trabalhador que não pactuou assegurar a garantia de disponibilidade ao empregador não terá direito a nenhum tratamento de natureza econômica ou normativa nos períodos em que a prestação do mesmo não é utilizada e, por outro lado, não lhe caberá alguma sanção no caso de não atendimento a eventual chamada do empregador.

Pelo princípio de não discriminação, o trabalhador intermitente não poderá receber – pelos períodos efetivamente trabalhados – um tratamento econômico e normativo menos favorável que os trabalhadores compreendidos na mesma função. Evidentemente o tratamento econômico, normativo e previdenciário do trabalhador intermitente será proporcional à prestação laboral efetivamente executada.

Com relação aos requisitos formais do contrato de trabalho intermitente, a lei impõe a forma escrita *ad probationem*. Ressalta-se que o contrato deverá indicar, entre outras, a duração; as hipóteses objetivas ou subjetivas que permitem a contratação; o lugar da prestação; a modalidade da disponibilidade quando garantida (neste caso o aviso prévio devido ao trabalhador é de, no mínimo, um dia); frequência e

modalidades do pagamento; as medidas de segurança específicas relacionadas à atividade a ser desenvolvida. Deverá indicar, também, o tratamento retributivo devido pela prestação laboral, assim como a medida da indenização da disponibilidade, quando prevista. Evidentemente a indicação no contrato da colocação temporal do momento da eventual prestação não é requisito formal exigido pela norma; o poder do empregador, neste sentido, é o núcleo da tipologia contratual em questão.

Com o fim de garantir um constante monitoramento do uso do contrato de trabalho intermitente, a lei²⁰⁵ exige que o empregador comunique a duração da prestação à Direção Provincial do Ministério do Trabalho (órgão que corresponde à unidade territorial do MTE). Caso o empregador omita tal comunicação prévia, estará sujeito ao pagamento da sanção administrativa (de 400 até 2.400 euros) por cada trabalhador contratado.

Do ponto de vista sistemático, o trabalho intermitente nos impõe uma série de questões. Talvez seja o afastamento mais extremo do protótipo clássico laboral. Funda-se em um vínculo contratual extremamente aleatório (e gratuito, na hipótese sem garantia de disponibilidade), onde as partes se ajustam para o “não trabalho” e apenas eventualmente para a prestação de trabalho.

²⁰⁵ Art. 15, parágrafo 3, Decreto Legislativo n. 81/2015.

Segundo a reflexão de Giancarlo Perone, representa uma “hipótese limite de precariedade, onde é incerto não apenas o *quando* da prestação mas também o *se* da mesma”. É muito difícil dar uma correta qualificação jurídica para uma relação dominada pela incerteza, onde “cria-se o paradoxo da máxima invasividade na vida privada do trabalhador – não protegido pelas barreiras usuais que regulamentam diferentemente tempos de vida e tempos de trabalho – por uma prestação tão reduzida que pode até não existir”²⁰⁶.

O problema qualificatório, de fato, apresenta-se ainda mais complexo no caso de trabalho intermitente sem garantia de “resposta”, no qual o trabalhador não se compromete a atender a “chamada” do empregador. Neste caso desaparecem os traços marcantes do vínculo de emprego porque a obrigação do trabalhador consiste apenas em decidir quando ativar o vínculo, ou seja, atendendo a solicitação do empregador, logo, limitadamente a este período – em que ele exerce a prestação laboral – poderíamos falar em trabalho subordinado, já que nos momentos fora da prestação a relação de emprego não existe²⁰⁷.

²⁰⁶ PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. (Appendice di aggiornamento)*. Torino. Giappichelli, 2005, p. 150.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 151.

²⁰⁸ ALLEVA Piergiovanni, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul*

Nesse sentido, a doutrina²⁰⁸ chegou a se referir a um “não contrato”, onde as partes negociam a mera “possibilidade” da vontade, o que não representaria um vínculo jurídico.

Cabe ressaltar que a questão da regulamentação do “tempo de trabalho/tempo de não trabalho”, “tempo à disposição”, começou a ser objeto de preocupação para o legislador e para a jurisprudência muito antes do aparecimento de tipologias contratuais como o trabalho intermitente. Faz-se referência, no caso, à disciplina do contrato de trabalho por tempo parcial, aquele que para o legislador italiano é um contrato de trabalho subordinado “com duração horária reduzida em relação à normal duração da jornada”, criado, pela primeira vez, na Itália, no final dos anos 1980.

Na época a questão dirimente para a jurisprudência era ligada à importância para o trabalhador de poder gerir o próprio tempo de vida e de trabalho. É nesse contexto que surge a questão do contrato de trabalho por tempo parcial “a chiamata”, que foi considerado constitucionalmente ilegítimo²⁰⁹.

No trabalho por tempo parcial italiano, a atipicidade do contrato reside na redução ou na flexibilidade do normal horário de trabalho. O trabalhador poderá exercer a própria prestação

mercato del lavoro, 2003, em http://old.cgil.it/archivio/giuridico/Politiche%20del%20diritto/Archivio/Diritto%20del%20lavoro/Libro%20Bianco%20-%20delega%20-%20decreto%20276/la_ricerca_e_la_analisi_dei_punti.pdf

²⁰⁹ Corte Costituzionale 11 maggio 1992, n. 210.

apenas por algumas horas no dia, ou alguns dias na semana, ou alguns meses no ano. O que é essencial (sob pena da invalidação do acordo) é que o contrato não apenas indique o *quantum* da prestação, mas também a exata delimitação temporal do mesmo.

Afronta a Constituição²¹⁰ o contrato por tempo parcial que carece de tal último requisito, enquadrando-se na modalidade “por chamada”, característica esta que não permitiria ao trabalhador a possibilidade de planejar outra prestação laboral, como também poder dispor do próprio tempo livre. Nas palavras da Corte Constitucional:

é evidente que, aliás, as mesmas razões que excluem o poder do empregador de variar de forma unilateral a estipulada colocação temporal da prestação laboral reduzida, levam a excluir a admissibilidade de estipulações que permitam ao empregador um tal poder. Cláusulas deste tipo, de fato, retirariam a possibilidade, para o trabalhador, de programar outras atividades com as quais integrar o salário obtido com o trabalho por tempo parcial. Tal possibilidade, como já tem sido observado, deve, ao contrário, ser garantida, já que apenas ela torna legítimo o fato de que da relação de emprego o trabalhador receba uma retribuição inferior àquela suficiente para garantir a ele e a sua família uma existência livre e digna²¹¹. Seria,

ainda, com certeza lesivo da liberdade do trabalhador o fato de que de um contrato de trabalho subordinado possa derivar uma sujeição a um poder de chamada exercível, não dentro de coordenadas temporais contratualmente pré-estabelecidas ou objetivamente determináveis, mas ad libitum, com eliminação, portanto, de quaisquer espaço de livre disponibilidade do próprio tempo de vida, incluído aquele não ocupado por nenhuma atividade laboral.²¹²

E a sorte do trabalho intermitente então?

O trabalho intermitente faz parte do “trabalho com horário reduzido e flexível”, no entanto, não representa uma subespécie do trabalho *part-time*, justamente porque com este não compartilha a “determinação” da prestação. No contrato por tempo parcial, o ajuste de vontades é relacionado à duração da prestação e a sua respectiva distribuição, mas em nenhum momento esta é “eventual” como no trabalho intermitente.

De fato, o contrato de trabalho intermitente, no entanto, não entraria – segundo parte da doutrina – em conflito com a citada decisão, já que neste o trabalhador se compromete a ficar à disposição do empregador em troca da indenização de disponibilidade, não se submetendo completamente à mercê das necessidades do mesmo, podendo avaliar a

²¹⁰ A Corte Constitucional italiana, especificamente, pronunciou-se a respeito da necessidade da indicação da *distribuição* do horário de trabalho com relação à semana, ao mês, ao ano. Neste sentido, em tal tipologia contratual não é apenas necessário indicar quantas horas de trabalho por dia o trabalhador deverá exercer, ou quantos dias

na semana ou quantos meses no ano; é necessário indicar quais, e não apenas quantos dias ou semanas etc.

²¹¹ A Constituição italiana define como tal a retribuição mínima no seu art. 36.

²¹² Corte Costituzionale 11 maggio 1992, n. 210.

conveniência de tal acordo com suas outras atividades etc.²¹³. E por outro lado, como acima visto, no caso de trabalhador que não se comprometeu com a obrigação de “atender a chamada”, o sujeito permanece livre de escolher, quando apareça a necessidade do empregador, se aceita “a chamada” ou não, sem que isso acarrete nenhuma sanção, e lhe possibilite a escolha de outras oportunidades de trabalho.

Com efeito, com relação a este último caso, a doutrina imediatamente sucessiva à publicação da Reforma Biagi tem justamente ressaltado a pouca conveniência de tal tipologia de contrato²¹⁴ para ambos os lados da relação: para o trabalhador, que deixa de saber se e quando vai poder trabalhar e porque pode não receber nenhum tipo de suporte à renda, como a indenização; para o empregador, também, pode parecer pouco vantajoso, já que não tem como programar a própria atividade sem nenhuma garantia de disponibilidade.

Eis que a questão tempo de vida/tempo de trabalho é decisiva nesta tipologia contratual. Para o empregador, o objetivo principal é o abatimento dos custos ligados aos momentos de não trabalho; e para o trabalhador será fundamental maximizar as oportunidades de emprego²¹⁵. Neste caso, como especificou o Ministério do Trabalho, é possível ser titular de

mais de um contrato de trabalho intermitente, bem como de outras tipologias cuja disciplina a mesma seja compatível.

Finalmente, cabe ressaltar que, ao longo da experiência italiana de experimentação deste instituto, pode-se afirmar que o mesmo se manteve numa posição residual-marginal entre as relações de emprego. Com certeza não se tornou uma modalidade comum e altamente difundida de contratação de mão de obra.

Igualmente, é necessário evidenciar a virtuosa utilização que tal tipologia potencialmente é chamada a produzir, já que nasce – e deve ser fomentada – com o intuito de regularização de trabalho que na maioria dos casos entra a compor o trabalho informal (veja-se o trabalhador para serviços eventuais, garçons para festas, jardineiro, pintor... todo um conjunto de prestações sempre colocadas à margem da relação de emprego clássica).

O TRABALHO INTERMITENTE NA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA – LEI N.13.467/2017

A leitura do texto de lei que modifica o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho (doravante CLT) impõe ao intérprete algumas reflexões, em primeiro lugar quanto à colocação

²¹³ VALLEBONA, Antonio. *La riforma dei lavori*. Padova, CEDAM, 2004, p. 60.

²¹⁴ PELLACANI Giuseppe, *Il lavoro intermittente ad un anno dall'entrata in vigore: gli interventi ministeriali, la contrattazione collettiva e il decreto*

correttivo n. 251/2004, in *Mass. giur. lav.*, 2005, n. 1-2, p. 512.

²¹⁵ Ministero del lavoro, circolare 3 febbraio 2005, n. 4.

dogmática da norma. O legislador enquadra o trabalho intermitente como uma terceira das modalidades de contratação do trabalhador, diferente das clássicas “por prazo determinado ou indeterminado”. O trabalho intermitente aparece, portanto, como um *tertium genus* contratual distinto daqueles que apresentam ou não o prazo de duração do vínculo de trabalho. A primeira dificuldade, pois, de cunho meramente técnico, reside em enquadrar uma relação de trabalho onde não exista um prazo no contrato mas também não se possa falar de prazo indeterminado, como na clássica estruturação da relação de emprego.

Assim dispõe o referido diploma normativo: “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 (...)”.

Como acima visto, no ordenamento jurídico italiano, o trabalho intermitente é uma forma de adquirir a prestação do trabalhador que é possível dentro de um contrato com duração determinada ou como também de duração indeterminada. A questão é que, na realidade, a duração do contrato é indiferente à modalidade de exercício da prestação: a duração do contrato poderá ou não ter um prazo definido, é a

prestação que será exercida de forma descontínua no tempo.

De fato, no caso do trabalho intermitente, a flexibilização insiste na parte da disciplina do horário/da jornada de trabalho, não tanto no que tange à duração da relação contratual em si. Parece que o legislador, neste caso, confundiu a disciplina da duração da prestação – lugar onde deveria ser colocado o trabalho intermitente, junto com o trabalho por tempo parcial, por exemplo – com a duração do vínculo contratual.

No que concerne à disciplina do novo instituto laboral, o parágrafo 3º do novo art. 443 vem a definir o núcleo essencial da relação:

§ 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.

A modalidade da prestação é definida a *contrario*, ressaltando a ausência do requisito que permite a caracterização da relação de emprego, a continuidade. Provavelmente, a escolha da definição, em detrimento da locução “eventual”²¹⁶ para descrever a prestação, deriva

pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

²¹⁶ Note-se que o legislador da CLT, ao art. 3º, na definição do vínculo empregatício usou a expressão “não eventual”: “*Considera-se empregado toda*

da vontade do legislador de não possibilitar a confusão com um tipo de relação laboral atípica já presente no ordenamento brasileiro, qual seja, o trabalho eventual.

De fato, a juridificação de relações laborais de natureza eventual não é nova no ordenamento laboral brasileiro, o qual já experimentou relações que carecem do requisito clássico da continuidade da prestação, como o citado trabalhador eventual, ou também na disciplina do trabalho avulso e portuário.

É principalmente a tipologia do trabalho eventual que apresenta mais afinidades com a do intermitente (tal fato, em primeiro lugar, explicaria a escolha de termos na definição). O trabalhador eventual é aquele que exerce suas atividades de forma descontínua, executando a própria prestação, em muitos casos para diferentes tomadores de serviço, sem que a relação se consubstancie na habitualidade ou continuidade.

No caso do “eventual”, Amauri Mascaro Nascimento já assinalava a possível comparação com o trabalho intermitente já presente naquela época em outros ordenamentos, porque a do eventual é exatamente aquela relação caracterizada pelo “acaso” a “contingência”. Neste exercício

comparativo o ilustre jurista ressaltou, no entanto, os possíveis traços distintivos entre as duas figuras: o trabalho intermitente é, sim, uma modalidade de trabalho eventual, porém deste se diferencia pelo caráter “cíclico continuativo” interrompido por intervalos entre uma prestação e outra exercida para o mesmo sujeito²¹⁷.

Do ponto de vista do estudo comparado, como não era possível proceder com uma exata sobreposição das figuras do trabalhador eventual brasileiro e do trabalho intermitente italiano (notadamente aquele sem obrigação de resposta), o mesmo diapasão se apresenta para o trabalho intermitente. Entre os dois ordenamentos laborais existe uma essencial distinção: no direito do trabalho italiano a existência da subordinação técnica na relação de trabalho é requisito por si só suficiente para acarretar uma relação de emprego *tout court*, ela é a chave de acesso para o conjunto protetivo da nossa disciplina. Para o direito do trabalho brasileiro, ao contrário, existem trabalhadores subordinados sem vínculo de emprego²¹⁸, por exemplo, o eventual e, no caso, agora o intermitente.

De fato, descontinuidade ou eventualidade como característica principal do trabalhador eventual²¹⁹ e, agora, do trabalho

²¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 856.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 862.

²¹⁹ Conforme SILVA. Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo. LTr, 2004, p. 47, as

características próprias da já conhecida tipologia laboral brasileira seriam: “a) descontinuidade, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) impossibilidade de fixação jurídica a uma fonte de trabalho, como decorrência da descontinuidade, da inconstância e da pluralidade de tomadores de

intermitente faz com que os mesmos, figuras jurídicas quase idênticas, não recebam a mesma proteção jurídica que a disciplina reserva ao trabalho com vínculo de emprego propriamente configurado²²⁰.

Finalmente, é útil lembrar, principalmente para aqueles que têm apreço por discussões jurídicas polarizadas, que a CLT, quase “avanguardista”, nasce imaginando a possível transformação das relações laborais, em um sentido que hoje definiríamos de flexível: o art. 4º, deixa aberta, de fato, a possibilidade para futuras e distintas leituras a expressão de “tempo à disposição”, inatividade, especialmente, para atender segmentos e necessidades específicas a serem previstas por legislação especial. Permite-se aqui, portanto, a possibilidade de tipificação de modalidades de trabalho não contínuo.

Assim dispõe a citada norma: “Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Nas reflexões de José Affonso Dallegrave Neto podemos encontrar a leitura da citada norma em tal sentido, quando,

inspirando-se na legislação estrangeira, definia o então desconhecido trabalho intermitente como: “um contrato por prazo indeterminado com cláusula de intermitência. Esta cláusula prevê o revezamento de períodos de trabalho e períodos de inatividade, sendo o empregado retribuído em função do tempo e volume de trabalho efetivamente prestado. De criação francesa, passou a ser difundido em toda a Europa. Em face do que dispõe a parte final do caput do art. 4º da CLT, entendemos ser possível sua implementação em nosso país”.²²¹

É partindo destas premissas e considerações que podemos proceder com a análise da forma e dos conteúdos da nova figura contratual introduzida com a recente reforma.

Desta vez, o intermitente entra a compor uma tipologia “atípica” da relação de emprego, mas a modalidade “não contínua” da prestação demanda uma disciplina própria, específica, estabelecida no art. 452-A²²².

O citado dispositivo normativo estabelece a forma escrita do contrato (mas não especifica se como requisito *ad probationem*, como na legislação italiana) e o respeito do

serviços; c) curta duração de cada trabalho prestado”.

²²⁰ *Ibid.*, p. 49.

²²¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *As Novas Modalidades de Relação de Emprego Surgidas na Sociedade Pós-Industrial*. Revista *Anamatra* –

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Edição n. 51/2008.

²²² A disciplina do instituto poderá sofrer algumas variações em razão da anunciada intervenção do Executivo a respeito, por meio de Medida Provisória.

princípio de não discriminação quanto ao tratamento salarial.

O contrato de trabalho intermitente prevê apenas uma modalidade, a sem obrigação de resposta. Não existe, portanto, a indenização do tempo de inatividade. Porém, existe um certo reequilíbrio da eventualidade-incerteza quando se prevê um aviso-prévio de três dias (lembramos que na Itália é de um dia), ao qual se exige uma “resposta” não no momento da “convocação” mas até um dia sucessivo²²³. A norma permite, por conseguinte, uma certa possibilidade de programação, de gestão daquele tempo de trabalho/tempo de vida, assim como da organização de outras atividades assumidas com outros empregadores.

Evidentemente, não existindo a modalidade de trabalho intermitente com obrigação de resposta, a recusa da oferta não acarretará nenhuma sanção, e também não “descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente”²²⁴. Por outro lado, uma vez aceita a oferta, a “parte”²²⁵ inadimplente, “*sem justo motivo*”, estará sujeita ao pagamento de uma multa cujo valor corresponde ao 50% da remuneração estabelecida. A norma, neste caso, usa a expressão da “parte que descumprir”, incluindo, portanto, também a impossibilidade

superveniente do empregador. Todavia, uma similar previsão parece-nos totalmente ilegítima do ponto de vista sistemático, já que no caso em que o trabalhador seja convocado, mas no dia da atividade determinada o empregador muda de ideia porque o serviço, por exemplo, não requer esse volume de mão de obra hipotetizado, ele escapa do pagamento daquela “diária”, pagará apenas 50% do valor, abatendo ulteriormente os custos, compartilhando completamente o risco da atividade com o trabalhador. Outrossim, o valor da multa é evidentemente desproporcional e discriminatório, se considerarmos as sanções previstas para o empregado no caso de fatos supervenientes que impossibilitem a prestação.

No parágrafo 5º a norma especifica que “*o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes*”, ressaltando, novamente, a característica principal da tipologia contratual e eliminando qualquer ambiguidade a respeito.

Por cada prestação de serviço, o trabalhador intermitente receberá imediatamente uma importância relativa a: remuneração; férias proporcionais com acréscimo de um terço; décimo terceiro salário proporcional; repouso semanal remunerado; adicionais legais. Caberá ao empregador, ao longo do contrato, recolher a contribuição previdenciária e efetuar o depósito

²²³ Art. 452-A parágrafos 1º e 2º.

²²⁴ Art. 452-A parágrafo 3º.

²²⁵ Art. 452-A parágrafo 4º.

do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ambos calculados sobre os valores pagos ao trabalhador mensalmente (caso haja prestação, evidentemente!).

Uma certa perplexidade apresenta o art. 452-A no parágrafo 9º que prevê “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.”. O legislador não especificou se férias remuneradas (ainda que pudesse resultar uma redundância) ou não, mas se deduz que já que os valores proporcionais devidos a título de férias, acrescidos de um terço, já foram pagos no momento da conclusão da prestação, tais trinta dias representam um período estabelecido pelo legislador *una tantum*, independentemente se nos doze meses anteriores haja tido trabalho ou não.

Last but not least, é importante ressaltar que fica aberto o campo de possibilidades aplicativas quanto à sorte do novo instituto em análise, haja vista a “delegação legislativa em aberto” que a lei ora analisada atribui às organizações sindicais²²⁶.

Conforme o art. 611-A da CLT reformada:

“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;”.

Conforme o extenso conteúdo do art. 611-A, o futuro de muitas inovações previstas na Reforma Trabalhista, de fato, depende inteiramente das organizações sindicais, que potencialmente poderão decidir qual rumo lhe imprimir.

No caso do trabalho intermitente, por exemplo, este poderá ser mais bem disciplinado pela negociação coletiva ou até vedado para aquelas categorias para as quais é menos viável tal modalidade contratual.

Talvez seja interessante, como visto para a legislação italiana, a atribuição à autonomia privada coletiva²²⁷ da grande responsabilidade de ser a co-gestora, junto com o legislador, da flexibilidade (e não só dela). A citada “flexibilidade sindicalmente controlada”, de fato, se revelou entre as mais felizes soluções capazes de modular as relações laborais às transformações nas quais vivem.

Expressão da autonomia privada dos particulares, a negociação coletiva representa uma fonte fundamental de produção normativa

²²⁶ Especificamente no art. 611-A, inciso VIII.

²²⁷ O objetivo de análise do presente texto não permite aqui tratar das históricas deficiências

próprias da organização sindical brasileira, características que evidentemente limitam o desenvolvimento da autonomia privada coletiva.

no direito do trabalho. De fato, como vantagem primordial, mostra-se mais compatível com os imperativos de uma modulação dinâmica das relações de trabalho, devido à vigência temporal limitada dos contratos coletivos de trabalho²²⁸. Além disso, como ensinava Oscar Ermida Uriarte, a negociação coletiva permite a transição da tutela estatal para o “garantismo coletivo”²²⁹.

ALGUMAS PONDERAÇÕES SISTEMÁTICAS

A temporariedade é, provavelmente, uma das características mais marcantes do atual sistema de trabalho. Nela o trabalhador transita – ao longo de sua vida profissional – em várias posições contratuais e profissionais. É justamente esta característica que demanda ao nosso sistema de normas laborais transitar (da mesma forma) “do contrato para o mercado”. Nenhuma reforma laboral, hoje, pode negligenciar tal necessidade.

Tal como ocorreu para o ordenamento italiano, a introdução de fortes doses de flexibilidade na relação de trabalho (vive-se, não apenas de emprego) no ordenamento brasileiro não foi, ainda, acompanhada por um eficaz sistema normativo “extracontratual”, ligado à proteção da pessoa nos momentos de “não

trabalho”, de “transição” (por meio, por exemplo, do planejamento de coerentes amortecedores sociais e planos de políticas públicas de incentivo ao trabalho, inspirados no modelo norte europeu de relações laborais).

É sempre válida a lição de Arion Sayão Romita, em obra²³⁰ ainda extremamente atual, onde reflete sobre a “desagregação” do contrato de trabalho típico e as possíveis soluções normativas que sejam capazes de enfrentar os desafios contemporâneos. O autor ressalta que “não constitui função do direito – de qualquer dos ramos do direito – proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Função do direito é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça. Se para dar atuação prática ao ideal de justiça for necessária a adoção de alguma providência tendente a equilibrar os pólos da relação o direito concede à parte em posição desfavorável alguma garantia, vantagem ou benefício capaz de preencher aquele requisito”²³¹, chamando desta forma a atenção para um equívoco que mora na conceitualização do direito do trabalho: este é criado como instrumento de equilíbrio de forças que nascem em posição distinta, desigual. Tal advertência, em especial, é ponto de partida essencial quando se trata de fazer uma análise dos novos rumos da legislação laboral.

²²⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, p. 69-70.

²²⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002. p. 35.

²³⁰ ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo, LTr, 2003.

²³¹ *Ibid.*, p. 23.

O ordenamento jurídico de um país representa um sistema de normas estruturadas de forma interdependente. O sistema se rege sobre todas as suas componentes. A polarização do juízo apenas ligada a cada nova reforma trabalhista que vem se criando aparece limitada e, portanto, insatisfatória. É evidente que o direito do trabalho está caminhando para a (não fácil) reconstrução, ou talvez o definitivo abandono, de alguns pressupostos.

Provavelmente hoje é a disciplina que recebe mais solicitações nesse sentido, haja vista as transformações sociais, econômicas e políticas que os últimos trinta anos nos apresentaram. Nosso papel é o de ser capazes de ler entre os anseios da sociedade laboral e tentar construir um conjunto de regras o mais possível próximo do sentido de justiça. O jurista do trabalho que resiste a tal demanda, na verdade, abdica da sua função originária: fazer do direito (de todo e qualquer ramo do direito) o instrumento da proporcionalidade e do equilíbrio das relações.

REFERÊNCIAS

- ALLEVA Piergiovanni. *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro, 2003*, em http://old.cgil.it/archivio/giuridico/Politiche%20del%20diritto/Archivio/Diritto%20del%20lavoro/Libro%20Bianco%20%20-%20delega%20-%20decreto%20276/la_ricerca_e_la_analisi_de_i_punt.pdf
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *As Novas Modalidades de Relação de Emprego Surgidas na Sociedade Pós-Industrial*. Revista *Anamatra* – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Edição n. 51. 09/07/2008.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.
- HARVEY, David. *A condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 22. ed. São Paulo: Loyola, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PELLACANI, Giuseppe. *Il lavoro intermittente ad un anno dall'entrata in vigore: gli interventi ministeriali, la contrattazione collettiva e il decreto correttivo n. 251/2004*, em *Mass. giur. lav.*, 2005, n. 1-2.
- PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. (Appendice di aggiornamento)*. Torino. Giappichelli, 2005.
- PERONE, Giancarlo. BOSON, Luis Felipe Lopes. *Sindicatos na União Europeia e no Brasil: estímulos para uma reflexão comparativa*. São Paulo, LTr, 2015.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1.
- ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo, LTr, 2003.
- SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo. LTr, 2004.
- TREU, Tiziano. *Flexicurity e oltre*. WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. INT – 135/2017.

VALLEBONA, Antonio. *La riforma dei lavori*. Padova, CEDAM, 2004.

VOZA, Roberto. *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 37/2005.

VOZA, Roberto. *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, em CURZIO, *Lavoro e diritti, dopo il decreto legislativo 276/2003*. Bari, Cacucci, 2004.