

Flávio Higa: Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente

08/06/2017

Não carregues em ti só uma morada da verdade: o que tu dizes, nada mais que isso. Quem julga deter saber exclusivo, possuir língua e mente estranhas aos demais, nesse, se o abres, verás o vazio. [...].

Do nauta que firma resolutamente o pé e não arreda um passo, o barco vira e a viagem termina com o casco ao vento.

Sófocles

A reforma trabalhista é assunto que divide opiniões, na medida em que afeta a todos os cidadãos. Entretanto, não é sempre que se verifica dessa clivagem intelectual um diálogo profícuo, no qual os interlocutores enriqueçam seus pontos de vista a partir de perspectivas alheias. Por vezes, pululam argumentos *ad personam* que, segundo Schopenhauer, são válidos apenas quando percebemos a superioridade do “adversário” e transmudamos a discussão da contenda para o contendor.^[1] Esse fenômeno pode ser catastrófico. Em 2002, a Itália assistiu, perplexa, ao assassinato de Marco Biagi — autor intelectual de propostas de reforma trabalhista naquele país — pelas “Novas Brigadas Vermelhas”, que reivindicaram a autoria sob a justificativa de “atacar e desarticular o projeto antiproletário e contrarrevolucionário de remodelação econômico-sindical.”^[2] O resultado, contudo, foi a aprovação, no ano seguinte, das reformas pela lei alcunhada, em sua homenagem, de “*Legge Biagi*”.^[3]

O presente artigo ambiciona afastar-se da apaixonada fragmentação entre “bem e mal”, embora repudie o mito da neutralidade. Busca capturar – nos diferentes enfoques – pontos de convergência e, de sua identificação, oferecer contribuições. Sem desdenhar das paixões, reconhece-se que “o tempo lhe modifica a centelha e o ardor”, pois em sua chama “vive um pavio ou abafador que arrefece sua luz. E nada mantém a qualidade inicial: pois a qualidade, tornando-se pletórica, morre do próprio excesso.”^[4]

Trabalho intermitente e suas propaladas virtudes

A redação do PL 6.787-B, de 2016^[5] — atualmente PLC 38, de 2017^[6] — prevê o “contrato de trabalho intermitente”, como aquele em que a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador (artigo 443, § 3º).

Ele deve ser celebrado por escrito, com especificação do salário-hora, que não poderá ser inferior ao mínimo ou ao dos que exerçam a mesma função (artigo 452-A, caput). O empregador deve convocar o empregado – informando a jornada a ser cumprida — com pelo menos três dias corridos de antecedência (§ 1º), cabendo a ele responder ao chamado em um dia útil, presumindo-se recusada a oferta em caso de silêncio (§ 2º), sem que isso descaracterize a subordinação (§ 3º). Há multa de 50% da remuneração para o caso de descumprimento do pactuado (§ 4º), o empregado pode prestar serviços a outros contratantes (§ 5º) e deve auferir

(§ 6º), depois de cada período de prestação de serviços e mediante recibo (§ 7º), a remuneração acrescida de férias mais 1/3, 13º salário, RSR e adicionais. Impõe-se o recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS e a entrega da documentação ao empregado (§ 8º), além da garantia de um mês de férias (§ 9º).

No parecer da Câmara, o “trabalho intermitente” é apresentado sob o pálio da “modernização sem precarização”. O documento afirma que somente essa medida poderá gerar, nos próximos 10 anos, 14 milhões de postos de trabalho, além de impactar o fomento ao primeiro emprego, à diminuição da evasão escolar e ao aumento da renda familiar.[7]

Quanto ao efeito deletério sobre os postos de trabalho existentes, Pazzianotto, ex-presidente do TST, argumenta que ela fara apenas “a regulamentação do bico, uma realidade que já existe. [...]”. [8] Assim, o projeto cultiva valores nobres. Assumido o pressuposto de que há – no plano axiológico — aspirações comuns a todos, é imperioso analisar se o texto tem o condão de atingir seu desiderato. Pretende-se, pois, proceder à análise da “adequação entre fins e meios”, já que, como advertia Paracelso, “dosis sola facit venenum.” [9]

Antes, porém, abre-se um parêntese: o texto não compartilha a convicção da existência de uma relação de causa e efeito entre o afrouxamento das regras de proteção e o aumento do nível de emprego. A elevação deste é questão macro associada aos ciclos de expansão econômica, os quais dependem do equilíbrio entre câmbio, taxa de juros e investimento. Empregabilidade é assunto micro, variável dependente. Sem embargo da divergência, admite a possibilidade de suas premissas econômicas estarem equivocadas e debate sob a lógica de que a reforma trará as benesses anunciadas. Fecha-se o parêntese.

Trabalho intermitente e seus alegados vícios

O contrato de trabalho intermitente abala os alicerces do Direito do Trabalho em vários aspectos. O primeiro advém do fato de os artigos 443, § 3º e 452-B obliterarem a habitualidade como elemento da relação de emprego. [10] Isso porque “independentemente da pessoalidade ou da subordinação, aquele que presta serviços em caráter eventual não é empregado. É, na realidade, por oposição à definição legal, um trabalhador eventual.” [11]

Todavia, o texto coloca o trabalhador intermitente numa posição ontológica de imprevisibilidade, mas mantém a essência da relação de emprego, sem alterar a redação do artigo 3º da CLT. [12] Concebe, assim, uma antinomia, porquanto ninguém pode “ser e não ser” ao mesmo tempo.

Outro aspecto diz respeito à ruptura do conceito de empregador, como aquele que assume os riscos da atividade econômica (CLT, artigo 2º, *caput*). Ao sujeitar a prestação de serviços à existência de demanda, transfere-se parte do risco ao empregado, o que exigirá imensa ginástica hermenêutica a fim de contornar a erosão epistemológica advinda de um apêndice

travestido de contrato de emprego, a partir da desfiguração dos sujeitos que compõem a relação jurídica laboral.

Consta do projeto, outrossim, o direito às férias, de um mês, no qual o empregado não pode “ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.” Ocorre que as férias já terão sido proporcionalmente indenizadas “ao final de cada período de prestação de serviço.” Assim, o “direito” será apenas o de permanecer sem remuneração durante trinta dias. Poder-se-ia objetar que o direito corresponde ao dever de abstenção do empregador, que não poderá convoca-lo para laborar. Porém, se o empregado pode recusar inercialmente a todas as ofertas (§ 2º), o “direito” de ficar sem trabalho e sem salário é exercido a qualquer tempo, independentemente de previsão legislativa. Isso, aliás, é o que já fazem os milhões de desempregados.

No que tange à precarização, o debate deve transcender os lindes premonitórios e adentrar as experiências dos países que adotaram tal modelo, a fim de perquirir resultados e eventuais possibilidades de aperfeiçoamento. O nosso protótipo baseia-se no “*zero-hour contract*” do direito inglês. A expressão “contrato de zero hora” — tradução livre do artigo 27A do *Employment Rights Act 1996*^[13] esclarece a sua principal característica: não há garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário.

Surge, então, a primeira censura ao contrato: ele não estabelece salvaguardas ao empregado, circunstância que levou o Senado a recomendar “o veto e a edição de medida provisória”.^[14] A doutrina estrangeira, aliás, acusa o “*zero-hour contract*” de ser apenas um rótulo para mascarar o crescimento da precarização.^[15]

A experiência britânica demonstra que a nossa inquietude não é em vão. O texto nacional não previne a migração de trabalhadores com contratos por prazo indeterminado para o trabalho intermitente, o que seria importante, pois o *The Guardian*, em 2013, revelou que 90% dos empregados ingleses do McDonald’s trabalhavam sob “*zero-hour contract*”.^[16]

Outra nação que merece olhares atentos é a Nova Zelândia, onde o mecanismo fora banido pelo fato de não beneficiar os trabalhadores.^[17] A partir da aprovação do *Employment Relations Amendment Act 2016*, os contratos de trabalho têm de especificar o mínimo de horas, os dias e os horários de trabalho.^[18]

Experiências legislativas e possíveis contributos

O texto toma por veraz a assertiva de que o Parlamento deseja o bem comum com as reformas, na mesma proporção em que cogita a possibilidade de ele ter incorrido em desacertos. Deseja, pois, encontrar a “mediania aristotélica”^[19] entre o “abismo da precarização” e o “abismo do desemprego”.^[20]

Feita essa ressalva, pergunta-se: e se a opção legislativa for equivocada ou algum “efeito borboleta” alterar o curso natural das coisas, “quem nos protegerá da bondade dos bons?”.^[21] A resposta é trivial: a própria lei. Basta que as intenções do legislador sejam traduzidas em dispositivos que assegurem os seus propósitos, como se tentará indicar nos parágrafos seguintes.

O primeiro diz respeito à finalidade do “contrato de trabalho intermitente” que, conforme propagandeado, gerará milhões de empregos na próxima década, o que se choca com o temor de transformação de contratos protegidos em contratos precários.

Um modo simples de atender a ambos os prognósticos seria a lei declarar que ela só se aplica aos casos em que a contratação representar aumento de empregados, como já faz o artigo 1º da Lei 9.601/1998, que faculta a instituição da modalidade contratual nela disciplinada “para admissões que representem acréscimo no número de empregados.”[22]

Outro mecanismo capaz de evitar o uso da ferramenta com finalidades escusas seria proibir a contratação nesses moldes por determinado período subsequente às dispensas coletivas ou recontrações de empregados. É o que faz, *por exemplo*, a legislação italiana, que veda o “*lavoro a chiamata*” para substituir trabalhadores em greve, nas empresas em regime de redução de jornada ou que não procederam à avaliação de riscos ocupacionais.[23]

Causa perplexidade, ademais, a discrepância entre a fundamentação do projeto e a legislação dela resultante. Na primeira, o convencimento é formado a partir de exemplos específicos como os “setores de bares e restaurantes ou de turismo”, [24] mas o texto escancara ilimitadamente as porteiras, ressaltando apenas os aeronautas. Até mesmo a legislação peruana reserva essa tipologia “[...] *para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.*”[25]

Também não se divisa o mencionado prestígio às negociações coletivas, haja vista o menoscabo aos sindicatos para a instituição do contrato intermitente.[26] O Código do Trabalho francês, por exemplo, determina que “*une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu définit les emplois permanents pouvant être pourvus par des salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent.*”[27]

Poder-se-ia argumentar que uma das intenções do “contrato de trabalho intermitente” é inserir no mercado de trabalho mulheres, jovens e idosos,[28] e os sindicatos poderiam não ter interesse na celebração de convenções desse jaez. Essa singularidade, porém, seria sanada desde que se disciplinasse o assunto de modo a ter a autorização por normas coletivas como regra, excepcionando os grupos cujo incentivo ao emprego é mais premente, como na Itália, onde “*il contratto di lavoro intermittente puo' in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di eta', purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con piu' di 55 anni.*”[29]

A garantia de que o contrato intermitente não se transforme em mera expectativa de trabalho seria assegurá-lo minimamente, a fim de elidir o seu caráter complementemente aleatório. Esse recurso o tornaria verdadeiramente “intermitente”, porquanto haveria certeza do trabalho, conquanto permanecessem incertos os períodos e quantidades.

A legislação alemã dispõe que se a duração semanal não for fixada, presumem-se acordadas dez horas e se a jornada não houver sido estabelecida, o empregador é obrigado a conceder trabalho por, no mínimo, três horas a cada dia, verbis: “[...]Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen.”[30]

No mesmo sentido, em Portugal a prestação de serviços não pode ser “inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos.”[31] Finalmente, se é verdade que um contrato precário pode facilitar as chances de ingresso no mercado de trabalho, a lei deveria favorecer a sua convalidação em contrato de trabalho indeterminado, tal qual sucede na Itália, que limita o labor intermitente a “un periodo complessivamente non superiore a quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari”,[32] findo o qual o contrato passa a ser indeterminado.

Conclusão

A regulamentação do contrato de trabalho intermitente carece de aperfeiçoamento, o que exige o amadurecimento das discussões. Sócrates, em seu julgamento, declarou-se convencido de sua inocência, mas lamentou que a ausência de tempo fosse um obstáculo à persuasão.[33]

Também é necessário que vozes sem um canal legítimo de interlocução tenham chance de opinar. Nos dizeres de Maquiavel, “[...] para conhecer bem a natureza dos povos é preciso ser príncipe e, para conhecer a dos príncipes, é preciso ser povo.”[34] Não se pretende fazer uma crítica “rudimentar e irresponsável”, como foram denominadas as manifestações em audiências públicas.[35]

A ideia é qualificar o debate, pois “insistir na ostentação de mágoa é teimosia sacrílega; lamento pouco viril, mostra [...] uma alma impaciente, mente simples e inculta, pois se sabemos que a coisa é inelutável, por que enfrentá-la com oposição estéril?”.[36]

Muitos foram os apelos da classe política, alegadamente ciosa por “responder aos anseios e necessidades de todos aqueles que esperam soluções concretas aos problemas atuais.”[37] O parecer do Senado também afirmou que a reforma é para a sociedade e tantos desamparados que “não sensibilizam os defensores do populismo judicial [...]”.[38]

Apesar de não termos posição extremada, acusamos o golpe. Por desencargo de consciência, todavia, resolvemos averiguar a informação a partir de uma fonte fidedigna. E encontramos! O próprio site do Senado possui um espaço ([clique aqui](#)) em que se pode responder ao seguinte questionamento: “Você apoiaria essa proposição?”.

No dia 24 de maio, a enquete contava com 133,2 mil votantes, dos quais 127,7 mil responderam “não” e outros 5,5 mil “sim”. A pesquisa revela, assim, 95,8% de rejeição, contra 4,1% de apoio. Talvez seja mesmo o caso de ouvir a sociedade e rever o texto, para o bem do Brasil e dos brasileiros.



- [1] SCHOPENHAUER, Arthur. A Arte de Ter Razão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 74-75.
- [2] LaRepubblica.it. Omicidio Biagi, via Internet la rivendicazione delle Br.
- [3] ITÁLIA. Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276.
- [4] SHAKESPEARE, William. Hamlet. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 115.
- [5] BRASIL. Redação Final. Projeto de Lei nº. 6.787-B, de 2016.
- [6] BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº. 38, de 2017.
- [7] MARINHO, Rogerio. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, p. 49-50.
- [8] GONDIM, Abnor. Reforma trabalhista regulamenta o 'bico'. DCI - Diário, Comércio, Indústria e Serviços. 13 abr.2017.
- [9] METROHN. Analyse pharmaceutique: L'assurance qualité des produits pharmaceutiques, p. 4.
- [10] MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, p. 217-245, jan./dez. 2011/2012, p. 217.
- [11] MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161.
- [12] SILVA, Homero Batista Mateus da. Corram pras colinas: o contrato-zero vem aí!
- [13] INGLATERRA. Employment Rights Act 1996.
- [14] FERRAÇO, Ricardo. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 [...], p. 71-72.
- [15] ADAMS, Abi; FREEDLAND; Mark; PRASSL, Jeremias. The 'Zero-Hours Contract': Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity? Oxford Legal Studies Research Paper n. 11/2015. Feb. 2015, p. 2.

[16] NEVILLE, Simon. McDonald's ties nine out of 10 workers to zero-hours contracts. Britain's biggest food chain has 83,000 staff on controversial contract as employers body claims economy needs flexibility. TheGuardian. 5 ago.2013.

[17] ROY, Eleanor Ainge. Zero-hour contracts banned in New Zealand. Parliament unites to pass legislation outlawing the controversial practice in victory for trade union campaign; ELLIOTT, Larry. A zero-hours contract is not 'flexibility' but exploitation – and it's rising; FLEMING, Peter. There's nothing good about the rise in zero-hours contracts – ban them now.

18. NOVA ZELÂNDIA. Employment Relations Amendment Act 2016.

[19] ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Bauru: Edipro, 2009, p. 76.

[20] FERRAÇO, Ricardo. Op. cit., p. 22.

[21] A expressão tornou-se bastante conhecida pelo seu autor, que critica a amplitude dos poderes do juiz. Vide: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Limites à atuação do juiz. 9 dez.2016.

[22] BRASIL. Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998.

[23] ITALIA. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. Art. 14. Divieti. 1.

[24] MARINHO, Rogério. Op. cit., p. 50.

[25] PERU. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 64.

[26] A única passagem em que as normas coletivas e o trabalho intermitente dialogam é o do art. 611-A, VIII, para estabelecer a “prevalência do legislado sobre o negociado”.

[27] FRANÇA. Code du Travail. Article L3123-38. A regra, porém, pode ser flexibilizada por ordem do Ministro do Trabalho, em determinadas atividades sazonais, de acordo com o art. 87 da Lei 2016-1088.

[28] MARINHO, Rogério, Op. cit., p. 71.

[29] ITALIA. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. Art. 13. 2.

[30] ALEMANHA. Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge. § 12 Arbeit auf Abruf.

31. PORTUGAL. Código do Trabalho. Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro. Artigo 159º.

[32] ITALIA. Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81. Art. 13. (3).

33. PLATÃO. Apologia de Sócrates. Banquete. São Paulo: Martin Claret, 1999, p. 83.

[34] MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 47.

[35] FERRAÇO, Ricardo. Op. cit., p. 20.

[36] SHAKESPEARE, William. Op. cit., p. 22.

[37] MARINHO, Rogério. Op. cit., p. 19.

[38] FERRAÇO, Ricardo. Op. cit., p. 13.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente/>