

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O pedido da presente ação direta de inconstitucionalidade dirige-se contra a regulamentação, introduzida pela Lei 13.467/2017, do contrato de trabalho intermitente, o qual, segundo disposição da própria legislação específica, é aquele contrato em que a prestação de serviço, com subordinação, ocorre de forma descontínua, ou seja, alternando períodos de trabalho e de inatividade, podendo ser determinado por horas, por dias ou por meses, sendo permitido para todas as atividades laborais, com exceção, dos aeronautas, os quais possuem legislação própria.

Preliminarmente, registro que a legitimidade ativa na presente ADI está plenamente atendida, nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte, considerando que a parte autora da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6154, apensada à presente ADI 5826, em decisão de 04.09.2020, é a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI.

O argumento central do debate trazido à apreciação desta Suprema Corte é a inconstitucionalidade dessa modalidade de contrato laboral, em virtude da flexibilização de direitos sociais fundamentais trabalhistas, bem como da afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: “(...) a norma jurídica que o prevê coloca o trabalhador numa condição de mero objeto, como ferramenta, equipamento, maquinário, à disposição da atividade econômica empresarial, quando, onde e como o empregador bem entender.”

O ponto dialético para a análise do pedido é o fato de que essa modalidade de contrato tem o potencial de aumentar a contratação de trabalhadores, especialmente nos períodos de crise, como o que atualmente se encontra o país, de modo que pode funcionar como uma alavanca para o processo de estabilização econômica e melhoria das condições de vida para todos.

Registre-se, por importante, que os dispositivos impugnados, inseridos na legislação trabalhista pela Medida Provisória 808/2017, não serão analisados na presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que a referida Medida Provisória não foi convertida em lei no

período constitucionalmente estabelecido, de modo que teve seu prazo de vigência encerrado no dia 23.04.2018.

Assim sendo, o objeto específico da ação ora submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para análise são somente os dispositivos legais introduzidos pela Lei 13.467/2017:

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

(...)

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”

“Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar

serviços a outros contratantes.

§6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no §6º deste artigo.

§8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador. ”

Acresce-se que, além dos arts. 443, *caput* e § 3º e 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, supratranscritos, a ADI 6154, aqui apensada, impugna o art. 611-A, VIII, do mesmo diploma, inserido pela Lei 13.467, na parte em que se refere ao trabalho intermitente. Nesse sentido, conheço da presente ação também relativamente ao art. 611-A, VIII, que tem o seguinte teor:

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

(...)

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

1. Parâmetros constitucionais e o universo das relações de trabalho

A Constituição brasileira de 1988 tem inegável compromisso com os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, os quais foram

conquistados por meio de lutas travadas entre empregadores, donos do capital; e empregados, detentores da força produtiva.

Desde o século XIX, o empregador era quem impunha, de forma unilateral, as condições de trabalho, o tempo de duração do serviço, os valores das contraprestações pecuniárias, dentre outros direitos e deveres da relação contratual trabalhista.

O Estado Liberal de Direito, modelo político resultante das revoluções liberais do final do século XVIII, pouco interveio nas relações contratuais trabalhistas até o século XX. Foi somente no século passado, que as lutas dos trabalhadores, impulsionada pelo surgimento dos primeiros exemplos de Estados Sociais de Direito, resultou numa expressa e contundente tutela dos direitos sociais fundamentais trabalhistas.

A Justiça Social como valor e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CRFB) positivado e espraiado pelas normas da Constituição de 1988 é a diretriz segura de que a valorização do trabalho humano objetiva assegurar a todos e todas uma existência digna (art. 170 da CRFB), bem como de que o primado do trabalho é a base da ordem social brasileira, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça social (art. 193 da CRFB).

É importante aqui lembrar que a Justiça Social trata das relações do indivíduo com a comunidade em que ele se insere. Assim, a Justiça Social, ao chamar a atenção para aquilo que é justo em comunidade, também, e ao mesmo tempo, determina os deveres de uns em relação aos outros no seio dessa comunidade. Nesse sentido:

“A justiça social, ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade”. (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in **Revista Jurídica Virtual**, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 8).

A ordem econômica, conforme dicção da própria literalidade da

norma constitucional (art. 170 da CRFB), deve ser balizada pelo princípio da valorização do trabalho humano, conforme observa o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

"A (ordem) econômica deve visar assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim." (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988, in FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência, eficácia e supremacia**. São Paulo : Editora Atlas, 1989, p. 53)

As relações contratuais, em geral, e as relações contratuais trabalhistas, em particular, devem considerar sujeitos e objetos concretos, fazendo referência às pessoas e aos seus comportamentos inseridos no mundo da vida em que tais relações acontecem. Conforme anotei, em contexto paralelo:

Em dimensão elasticada do objeto imediato se localiza um determinado comportamento. A referência mediata é àquilo que é tangível ou corpóreo. Portanto, o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si, passa a ter função. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 108)

Não se olvida que as múltiplas possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico pode conduzir a resultados diferentes na hermenêutica constitucional, porém, o estabelecimento de visões contrapostas também pode colaborar para impulsionar formas mais adequadas de enfrentar os desafios contemporâneos. Assim pontuei:

A crise efetiva do direito contemporâneo pode não tão

somente acostar à fragilidade dos pilares da modernidade, passíveis de estarem fincados na universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia; pode, também, cunhar o esboroar da abstração, da racionalidade única, da ausência de contradição no discurso da ciência. Mais ainda, sob as antinomias, o risco e o relativismo, instala-se a possibilidade do respeito à diferença e aos direitos fundamentais olvidados. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95-96).

O Estado Social de Direito, nesse contexto, deve direcionar todos os seus esforços institucionais para o ser humano considerado em sua comunidade, ou seja, aquela em que o outro é tomado como sujeito de direitos e deveres, digno de inclusão no grupo social e enredado por obrigações recíprocas. Pelo reconhecimento, todos os sujeitos da comunidade são fins em si mesmos, estimulando-se a mais plena possível igualdade de direitos, de modo que *“(...)Cada um possu(a) os direitos que aceita para os outros, ou seja, cada um (seja) sujeito de direito na mesma medida em que reconhece o outro como sujeito de direito.”*(BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in **Revista Jurídica Virtual**, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 9).

O sujeito de direitos do século XXI é constituído e informado pela comunidade como espaço social de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, inspirado na ideia de fraternidade, preconizada como terceiro elemento da pauta ideológica da Revolução Francesa. Nesse sentido:

O sujeito do Estado Constitucional do século XXI é aquele que se reconhece como parte de um todo e também reconhece que esse todo é que lhe dá sustentação para lutar pelos seus direitos, em busca de uma identidade cultural suficientemente consistente para compartilhar as suas boas condições de vida com os mais próximos, não apenas no plano abstrato-filosófico, mas também, e principalmente, no plano real e concreto das suas rotinas pessoais e profissionais, vivenciadas nas mais diversificadas regiões do Planeta. (SILVA, Christine O. Peter da. Concretização dos direitos fundamentais sociais pelo STF, in **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 18, n. 1, p. 213-242, jan./abr. 2017, p. 220)

Os destinatários das normas constitucionais de 1988 são legitimados para reivindicarem, sob os auspícios da Constituição positivada, direitos sociais fundamentais trabalhistas como corolários primários do modelo político alcunhado de Estado Social de Direito. A concretização das normas constitucionais efetiva-se nas relações jurídicas que se firmam em atos, contratos e outras formas de reconhecer aos sujeitos envolvidos a proteção do ordenamento jurídico.

A realização da Justiça Social pressupõe duas órbitas de apreensão: a primeira, mais abstrata, que se coloca como o parâmetro constitucional positivado; e a segunda, mais concreta, que se perfaz como relação jurídica em concreto. Dessa forma, lúcidas as lições de Luis Fernando Barzotto:

Ora, a Justiça Social, aquela dirigida à consecução do bem comum, exige de todos, portanto, por meio de seus ditames, que direcionem os seus esforços, tanto no campo do trabalho como no da livre iniciativa, para criar os bens econômicos que possam ser utilizados como meios de garantir a existência digna para todos. (BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito, in **Revista Jurídica Virtual**, vol. 5, n. 48, p. 1-21, maio 2003, p. 7).

Não há como distanciar o debate acerca da compatibilidade do instituto do contrato trabalhista intermitente com a realidade constitucional que o acolhe, realidade esta que agrega complexidades e múltiplas possibilidades de enfrentar a sempre difícil tarefa de dar vida à Constituição, especialmente, diante de tema da mais alta relevância como o que se discute na presente ação direta.

2. Direitos fundamentais sociais trabalhistas em tempos de crise econômica

Não raro se associa o fenômeno de mitigação dos direitos fundamentais sociais, especialmente os trabalhistas, em face de contingências da realidade social, econômica e política, as quais supostamente seriam impeditivas da sua plena concretização. Sem maiores divergências, a proteção jurídica ao trabalho é considerada como

direito fundamental social, de modo que sempre que são necessários ajustes nas condições jurídicas estabelecidas para o contrato de trabalho, com a finalidade de que sua regulamentação pelas normas infraconstitucionais não afronte diretamente a proteção constitucional que lhe é endereçada.

É consabido que há harmônica convivência entre princípios que inspiram o Estado Liberal de Direito, de um lado, e o Estado Social de Direito, por outro lado, no Texto Constitucional de 1988. Sob a síntese do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB), é possível testemunhar que a dinâmica histórica, social e cultural está construindo as balizas concretas do direito do trabalho brasileiro, sempre com as interferências econômicas locais e globais recíprocas no rumo de novas conformações das relações trabalhistas.

Nesse contexto, é possível apresentar um conceito que tem estimulado a reflexão dos estudiosos e operadores juslaboristas do mundo inteiro: a flexissegurança. Por flexissegurança pode-se entender uma estratégia integrada para melhorar a flexibilidade e a segurança no mercado de trabalho, a partir da combinação de dois conceitos que, apesar de parecerem originalmente antagônicos, são reapresentados, nessa fase histórica, de forma coordenada. Foi proposto inicialmente por Ton Wilthagen e Frank Tros (*The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets*, in **Transfer: European Review of Labour and Research**, vol. 10, Is. 2, p. 166-186, 2004) e está posto como um princípio vetor da Comissão Europeia Responsável por Empregos, questões sociais e igualdade de oportunidades (Europe Commission, 2007).

A flexibilidade, por um lado, indica que os indivíduos em sociedade estão constantemente em movimento, sendo que tais movimentos, também chamados de transições, são etapas comuns nas trajetórias de suas vidas: dos cuidados familiares para a escola, da escola para o mercado de trabalho, do emprego para o desemprego, do desemprego para outro emprego, do trabalho para a aposentadoria, etc (*Europe Commission*, 2007).

Já a segurança, por sua vez, é mais do que apenas a garantia para manter o emprego. É segurança de dotar os sujeitos do mercado de trabalho de habilidades que lhes permitam progredir no seu ofício, ou

mesmo, que possibilite ações concretas de recolocação no mercado de trabalho, incluindo oportunidades de formação para todos os trabalhadores, especialmente os menos qualificados e os mais velhos. É também o empenho tanto de empregadores quanto dos trabalhadores para a construção de um ambiente mais flexível para mudar de emprego, com a segurança de que os sujeitos envolvidos tenham formação adequada para postos disponíveis no mercado de trabalho (Europe Commission, 2007).

A flexissegurança indica, portanto, a busca pelo equilíbrio entre trabalho realizado em condições mais flexíveis, porém, segurança nas transições de empregos, para que mais e melhores empregos possam estar disponíveis para os trabalhadores. Não há nesse conceito a possibilidade de negociação quanto à dignidade dos trabalhadores, nem mitigação de direitos decorrentes das relações juslaboralistas.

No Brasil, a discussão sobre a flexibilização das normas trabalhistas segue diversas correntes de pensamento. As principais correntes ideológicas, nesse particular, são a heterotutelar do direito do trabalho e a autotutelar dos direitos dos trabalhadores.

A heteroproteção do trabalhador é a concepção que surgiu no mundo com as primeiras regulamentações, as quais consideram o trabalhador como o pólo mais fraco da relação de emprego, trazendo princípios que o privilegiam, sem detrimento da igualdade entre as partes, visto que aí há uma concepção de igualdade substancial. Nos moldes da concepção heterotutelar do direito do trabalho, o Estado intervém na relação de emprego, em favor do trabalhador, limitando o poder do empregador para garantir a manutenção das condições de emprego as quais o empregado tem direito.

Já a concepção autotutelar dos direitos dos trabalhadores vem ao encontro do Estado Liberal e é contrária à intervenção do Estado nas relações de trabalho, afirmando que somente seria legítimo, nessa seara, as tratativas diretas entre empregados e empregadores. Muitas vezes, associa-se a esta corrente ao capitalismo clássico, decorrente do liberalismo de Adam Smith.

Não obstante seja relevante a discussão doutrinária, importante que

na seara jurisdicional seja assegurada a máxima efetividade das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais sociais trabalhistas. Se realmente importam os sujeitos de direito, imprescindível é assegurar-lhes segurança jurídica substancial, ou seja, aquela que aproxima as condições normativas e as condições materiais de concretização da Constituição.

3. O contrato de trabalho intermitente

O art. 443, *caput*, da CLT, norma impugnada na presente ação direta de inconstitucionalidade, possibilitou a contratação de trabalhadores, com subordinação, para jornadas de trabalho intermitentes, com pagamento proporcional de direitos sociais trabalhistas decorrentes. A possibilidade de um contrato de trabalho formal, que prevê direitos trabalhistas proporcionais ao tempo efetivo de prestação de serviço, e que rompe com o princípio da continuidade da relação de trabalho tem gerado muitas discussões.

Colhe-se da doutrina que *“O contrato de trabalho intermitente não assegura condições mínimas para existência digna do trabalhador brasileiro, além de não assegurar a fruição de direitos fundamentais sociais básicos como salário mínimo, férias remuneradas, 13º salário e previdência social. Reduz o trabalhador a coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender.”* (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 13)

Há previsão do contrato de trabalho intermitente em outros países, os quais, de uma forma ou de outra, foram fontes de informação para a regulação brasileira sobre o tema. Vejamos, em apertada síntese, os modelos espanhol, português, inglês e italiano.

Na Espanha, o contrato intermitente é chamado de “fixo-descontínuo. Trata-se de contrato por tempo indeterminado para a realização de serviços que sejam fixos, porém descontínuos, e não tenham data certa para se repetir. A regulamentação impõe que se o trabalho tem previsibilidade de data para se repetir, deve ser celebrado sob a modalidade de contrato a tempo parcial. O contrato de trabalho deve ser formal e por escrito, indicar a duração estimada da atividade, bem como

a jornada e os horários de trabalho, ainda que também de forma estimada. Importante ainda registrar que a lei remete a regulamentação dos contratos intermitentes à negociação coletiva, que deverá fixar a forma de chamada ao trabalho. (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 14)

Em Portugal, o contrato intermitente é permitido para empresas que exerçam atividade de forma descontínua ou de intensidade variável, sendo que o trabalhador tem direito a receber pelo menos 20 (vinte) por cento da retribuição base em razão do período de inatividade, ou compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 14)

No Reino Unido, o modelo adotado, conhecido como “contrato zero hora”, é o que mais se assemelha ao que foi escolhido pelo legislador ordinário para o Brasil. Neste tipo de contrato intermitente não há qualquer garantia de prestação de serviços, nem de recebimento de salários, de modo que para alguns trata-se mais de um cadastro com dados do empregado do que de um contrato formal de prestação de serviços com subordinação. (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 16)

Na Itália, se o empregador optar por contratar na modalidade de contrato intermitente com garantia de disponibilidade tem o dever de pagar ao trabalhador indenização de disponibilidade ajustada mediante negociação coletiva e nunca inferior ao salário mínimo fixado pelo Ministério do Trabalho. E para evitar-se que o empregador italiano contrate pela modalidade intermitente para atividades contínuas da empresa, o legislador previu um limite de prestação de serviço por meio desse tipo de contrato, ou seja, se ultrapassado um número de horas de prestação de serviço na modalidade intermitente o contrato automaticamente transforma-se em contrato de trabalho a tempo pleno e indeterminado. (CARVALHO, Augusto César. Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos. São Paulo : LTr, 2018, p. 41)

No Brasil, foi a própria legislação que conceituou o contrato de trabalho intermitente entre nós:

Art. 443 (...)

(...)

§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.

Interessante anotar a observação de Amauri Cesar Alves sobre o trabalho intermitente:

Em tese, todo e qualquer trabalho empregatício, nos termos até aqui expostos, é intermitente. Em regra, há labor por 8 horas e inatividade nas próximas 16 horas, aproximadamente, já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em horas”. Da mesma forma há labor em 5 ou 6 dias, seguidos de intervalo de 24 horas por semana, já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em semanas”. Há labor em 11 meses com 1 mês de intervalo (férias), já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em meses”. Ora, sendo assim, não é possível fixar um conceito técnico-jurídico claro, lógico, novo e coerente com o sistema justrabalhista brasileiro se o parâmetro for somente a alternância entre períodos de trabalho e de inatividade.(ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 17)

Em verdade, o que se espera do contrato trabalhista intermitente é que seja interpretado à luz dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, que seja informado pelos princípios do direito do trabalho, e que respeite as regras de proteção social ao trabalhador conquistadas ao longos das últimas décadas no Brasil. (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 17)

O principal desafio do contrato de trabalho intermitente, na modalidade de contrato zero hora, é que, não obstante fique caracterizada a relação de emprego, formalmente registrada na Carteira de Trabalho, não há qualquer garantia de prestação de serviço, nem de auferição de remuneração ao final do mês. *“É o contrato de salário zero ou contrato zero hora. O empregador poderá ficar horas, dias, semanas, meses sem demandar trabalho, ficando o empregado, no mesmo período, aguardando um chamado sem receber salário. Trata-se, claramente, de se dividir os riscos do empreendimento com o empregado, sem que ele participe, obviamente, dos lucros.”*(ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 17)

A criação de uma modalidade de contrato de trabalho, formal e por escrito, que não corresponda à uma real probabilidade de prestação de serviços e pagamento de salário, ao final de um determinado e previsível período, representa a ruptura com um sistema cujas características básicas e elementos constitutivos não mais subsistirão.

Com a situação de intermitência do contrato zero hora, instala-se a imprevisibilidade sobre elemento essencial da relação trabalhista formal, qual seja, a remuneração pela prestação do serviço. Sem a obrigatoriedade de solicitar a prestação do serviço, o trabalhador não poderá planejar sua vida financeira, de forma que estará sempre em situação de precariedade e fragilidade social.

Os direitos fundamentais sociais expressamente garantidos nos arts. 6º e 7º da CRFB estarão suspensos por todo o período em que o trabalhador, apesar de formalmente contratado, não estiver prestando serviços ao empresário. Não há como afirmar garantidos os direitos fundamentais sociais previstos nos arts. 6º e 7º da Constituição se não houver chamamento à prestação de serviços, pois o reconhecimento das obrigações recíprocas entre empregador e trabalhador dependem diretamente da prestação de serviço subordinado.

Assim, a imprevisibilidade e a inconstância, naturalmente advindas dessa modalidade de contrato trabalhista, poderão ser elementos obstativos primários da concretização das normas constitucionais que reconhecem os direitos fundamentais sociais trabalhistas. Sem a garantia de que vai ser convocado à prestação do serviço, o trabalhador, apesar de

formalmente contratado, continua sem as reais condições de gozar dos direitos fundamentais sociais que dependem da prestação de serviços e remuneração decorrente, sem os quais não há condições imprescindíveis para uma vida digna.

4. Contrato Intermitente e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Considerando o contexto de concretização da Justiça Social, como fundamento constitucional inarredável do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a dignidade humana será tomada no seu aspecto intersubjetivo, ou seja, numa situação em que o ser humano é tido em sua relação com os seus pares em comunidade.

Para analisar se a modalidade de contrato de trabalho intermitente afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso tecer algumas considerações sobre o que se entende sobre este fundamento da República Federativa do Brasil.

Trata-se de um concepção de dignidade da pessoa humana, como fundamento do ordenamento constitucional, o qual exige proteção concreta e real, com a finalidade de que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade, indicando, portanto, uma sua dimensão política.

Nessa concepção, a dignidade humana apresenta-se como produto do reconhecimento de que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade em que estão inseridos. Ingo Sarlet, sobre o tema, sintetiza: *“Neste sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento, (...)”* (SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 26)

Numa compreensão constitucional concretista, a dignidade humana

implica a vedação de coisificação dos seres humanos, como também resguarda uma dimensão de igual consideração e respeito no âmbito da comunidade. Nessa linha, é a doutrina de Ingo Sarlet:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.37)

Numa dimensão mais verticalizada, em relação à teoria do reconhecimento, é possível afirmar que a dignidade exige o respeito ao outro, ou seja, observância aos deveres de respeito aos outros. Isso tem como principal consequência a exigência de respeito à dignidade do outro como condição da dignidade própria, exigindo das autoridades públicas e dos indivíduos de toda a comunidade atitudes de igual respeito e consideração mútuas. Beatrice Maurer, nesse diapasão, afirma:

Assim também o direito deverá permitir e encorajar todas as circunstâncias necessárias à integridade da dignidade fundamental do ser humano em sua dignidade atuada. Manifestando-se a dignidade em atos, é em todos os níveis que o direito poderá intervir, ordenar, a fim de permitir o melhor desenvolvimento possível das relações entre as pessoas. (MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.87)

No contexto do respeito recíproco à dignidade, como dimensão intrínseca da vida em comunidade, deve-se registrar que o princípio da dignidade humana não vincula apenas os atos das autoridades públicas, mas, também, e principalmente, os indivíduos que convivem em comunidade.

Importante aqui deixar expresso que o objetivo maior de tal concepção do princípio da dignidade humana é reconhecer garantias e estabelecer deveres decorrentes, com o intuito de viabilizar condições concretas de os seres humanos tornarem-se, serem e permanecerem pessoas. Explica Peter Häberle:

Com essa garantia jurídica específica de um âmbito vital do Ser-Pessoa, da identidade, a dignidade ocupa o seu lugar central: o modo pelo qual o homem se torna pessoa também fornece indicativos para o que é a dignidade humana. Duas questões devem ser distinguidas: como se constrói a identidade humana em uma sociedade e até que ponto se pode partir de um conceito de identidade interculturalmente válido(...). (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005,p. 124)

Deve-se ter em mente que o Estado Constitucional realiza a dignidade humana quando reconhece nesse princípio um direito a ter direitos, ou seja, quando transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações, pressupondo a dignidade humana como uma referência ao outro, como uma ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade de cada um. Oportunas as lições de Peter Häberle:

Assim, será também compreensível que a dignidade humana constitui norma estrutural para o Estado e a sociedade. A obrigação de respeito e proteção abrange tendencialmente também a sociedade. A dignidade humana possui eficácia em relação a terceiros; ela constitui a sociedade. (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre:

O que se questiona, na presente ação direta de inconstitucionalidade, é se a modalidade de contrato de trabalho intermitente coaduna-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, como condição primária de ter direito a gozar dos direitos fundamentais sociais trabalhistas decorrentes.

Lembre-se de que contrato de trabalho padrão funda-se no trabalho subordinado, por prazo indeterminado e com jornada fixada de forma parcial ou integral. Conforme alerta Augusto César Carvalho:

“(…) O homem trocou a disponibilidade de todo o seu tempo útil pela certeza de qual parcela de seu tempo seria disponível e pela segurança de que assim seria financiado o seu tempo de otium, ou tempo sem trabalho. Mesmo a adoção progressiva de jornadas móveis ou do trabalho à distância não tem comprometido essa lógica.”(CARVALHO, Augusto César. **Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo : LTr, 2018, p. 37)

Registre-se também que o contrato de trabalho intermitente tem como principal característica um tempo de permanente disponibilidade, agravado pela incerteza quanto à convocação para a prestação dos serviços e, conseqüentemente, pela impossibilidade de previsão quanto ao direito à remuneração mínima necessária para prover os padrões de uma vida digna. *“O trabalhador é instrumentalizado por completo, ou aviltado em sua dignidade, se lhe falta autonomia, verdadeira autonomia, para contratar sua força de trabalho de outro modo, que não o contrato intermitente.”* (CARVALHO, Augusto César. **Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo : LTr, 2018, p. 38-39)

A insegurança gerada em virtude da indefinição quanto ao tempo de trabalho e à expectativa de remuneração no contrato intermitente do tipo zero hora, que pode resultar em remuneração nula, impõe reflexões sobre as disparidades remuneratórias entre aqueles contratados pela modalidade padrão em relação aqueles contratados na modalidade intermitente, especialmente quando ambos os trabalhadores estiverem contratados para as mesmas tarefas e funções laborais. Mais uma vez importante lições da doutrina especializada:

Em suma, o empregado intermitente, no Brasil, e diferenciando-se do que ocorre em outros países que igualmente mitigaram o rigor da proteção ao trabalho com vistas a atender à hegemonia dos interesses econômicos, sujeitar-se-á a uma modalidade contratual na qual a incerteza sobre o tempo e o valor de seu trabalho estará potencializada pela inexistência de garantias quanto à frequência dos períodos de atividade, também quanto à duração mínima ou máxima de cada um desses períodos, nada se lhe dando por fidelizar-se ao empregador nos períodos sem trabalho. (CARVALHO, Augusto César. **Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo : LTr, 2018, p. 42)

Assim sendo, a norma impugnada, por não observar garantias fundamentais mínimas do trabalhador, não concretiza, como seria seu dever, o princípio da dignidade da pessoa humana, promovendo, na verdade, a instrumentalização da força de trabalho humana e ameaçando, com isso, a saúde física e mental do trabalhador, constituindo-se, por isso, norma impeditiva da consecução de uma vida digna.

5. Contrato intermitente e os direitos fundamentais da CRFB

Os parâmetros constitucionais concretamente invocados pelos requerente da ação direta são: (i) o princípio da isonomia; (ii) o direito ao salário mínimo; (iii) a limitação da jornada de trabalho; (iv) o pagamento de horas extraordinárias; (v) a função social da propriedade; e (vi) o princípio do valor social do trabalho. Os parâmetros têm o seguinte teor:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;”

É certo que, a partir de uma leitura estritamente literal dos dispositivos invocados, não é possível extrair interpretação que abone a tese defendida pelos requerentes. O chamado contrato intermitente, portanto, não é, *prima facie*, incompatível com a Constituição Federal.

Também não é possível extrair desses dispositivos interpretação teleológica que seja frontalmente incompatível com o contrato intermitente. Ao contrário, é possível vislumbrar que essa forma de contrato de emprego atende a interesses tanto de trabalhadores quanto de empregadores.

Para os trabalhadores, a flexibilidade da contratação pode ser vantajosa para quem tem poucas horas disponíveis para o trabalho formal. Além disso, dada a demanda sazonal para alguns setores, o contrato intermitente pode se tornar ferramenta útil para a formalização do emprego.

As vantagens para os empregadores tampouco são difíceis de se estimar. Há, como dito, demandas por mão de obra que são absolutamente intermitentes. No comércio e no setor de serviços, a demanda é maior em determinados horários, como, *v.g.*, o fim de dia nas academias ou os fins de semana em *shopping centers*. O contrato intermitente é ainda útil para o preenchimento de vagas decorrentes da licença médica de um funcionário ou ainda quando ele tira suas férias.

Poder-se-ia argumentar que, como se trata de questões ligadas às especificidades dos mercado de trabalho, era melhor que empregados e empregadores pudessem livremente decidir sobre os termos desse contrato.

Essa não é, contudo, a orientação constitucional. O mercado de trabalho é regulado e tem por finalidade garantir o pleno emprego e a dignidade da pessoa humana. É por essa razão que, nas negociação de trabalho, não é possível abrir mão de um salário mínimo, de um limite à jornada, do descanso remunerado. Esses direitos constitucionalmente assegurados figuram não como limite à intervenção do Estado, mas como garantias mínimas, cuja concretização depende da proporcional atuação do legislativo.

Não se afiguraria legítimo que, a pretexto de regulamentar o contrato intermitente, permitisse o legislador que, pelo volume de horas trabalhadas, o intermitente se assemelhasse ao contrato normal, com a diferença de que não se exigir pagar o salário mínimo. Por isso, é preciso que a legítima finalidade de se ampliar o número de empregos observe a proporcionalidade entre os meios que foram elencados para tanto.

Vale lembrar, nos termos do art. 443, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que se *“considera 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”.

Como se observa da leitura do conceito utilizado pelo legislador, a instituição da figura do contrato intermitente visa apenas a admitir a regulação do trabalho para os casos em que o trabalho não é contínuo.

É certo que essa medida apresenta-se adequada para a finalidade pretendida: se a natureza temporária da oferta de emprego para algumas atividades desincentiva a contratação fixa, ainda que sob as figuras do contrato temporário, a flexibilização do tempo à disposição do empregador tem potencialmente o condão de formalizar o emprego nessas atividades.

Além disso, seria possível afirmar, ao menos em tese, que é necessária a opção formulada pelo legislador, uma vez que não seria possível, em termos constitucionais, a redução salarial para alguém do salário mínimo. Noutras palavras, dentro da proteção constitucional do emprego, a flexibilização do horário de trabalho é o meio menos gravoso para ampliar a oferta de emprego.

Isso porque, o complexo normativo impugnado, ao estabelecer modalidade de contratação intermitente do tipo zero hora, em tese, apresenta-se necessário, atendendo, pois, o objetivo maior da ampliação da liberdade de contratação concedida pela legislação ora impugnada em favor do empregador, de modo que não há outro meio contratual disponível no ordenamento jurídico apto a atingir o mesmo fim.

E não se argumente com a existência de modalidade contratual intermediária entre o contrato padrão e o contrato intermitente, ou seja, com a possibilidade de utilização do contrato por prazo determinado (regulado pela Lei 9.601/1998), pois este somente é autorizado para as situações de temporariedade, transitoriedade ou experimentação dos serviços, apresentando-se como modalidade contratual trabalhista bem mais regulamentada e restrita do que o contrato intermitente.

Embora adequada e necessária a restrição aos direitos trabalhista,

são insuficientes, porém, os parâmetros elencados pelo legislador para garantir a proteção dos direitos invocados pelo requerente. Já se destacou nessa manifestação, a importância dos direitos constitucionalmente garantidos e, ainda, seu valor para a ordem normativa.

É preciso acrescentar que a interferência nos direitos constitucionalmente assegurados ao trabalhador é mínima, ao menos em tese. O valor da hora de trabalho não pode ser inferior ao salário mínimo, nem menor do que aquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, nos termos do art. 452-A, *caput*, da CLT. Estão ainda assegurados o pagamento proporcional: das férias, do décimo terceiro, do repouso semanal e dos adicionais legais, conforme previsão constante do art. 452-A, § 6º, da CLT.

Ocorre, no entanto, como já se advertiu aqui, que essas garantias podem tornar-se insuficientes. É o que ocorre, por exemplo, quando o trabalhador não tem qualquer previsibilidade das horas que efetivamente irá trabalhar no mês ou que, dada a intermitência da atividade, seja-lhe tão exaustiva que o impeça de encontrar novo vínculo, o que inevitavelmente implicaria a percepção de um salário aquém do valor mínimo sem que lhe fosse concedida oportunidade para complementar a renda.

Além disso, é possível que, pela inconstância do trabalho, seja impossível ao trabalhador conciliar dois ou mais tipos de trabalhos intermitentes. Também nesses casos, retira-se a possibilidade do trabalhador perceber a renda mínima que lhe deveria ser assegurada. Assim, a pretexto de garantir maior segurança no emprego, é possível que essa modalidade de contratação possa, caso seja feita sem limites, gerar mais insegurança jurídica.

À luz do que preveem os dispositivos constitucionais invocados como parâmetro de controle, é indispensável que o contrato intermitente observe os direitos estabelecidos no art. 7º da CRFB.

É preciso, por isso, que seja fixado o número mínimo, ainda que estimado, de horas por dia e por semana de forma a assegurar aos trabalhadores o direito à jornada diária e, conseqüentemente, a remuneração mínima correspondente. Nos termos da lei, “o período de

inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador” (art. 452-A, § 5º, da CLT). Não é possível, portanto, estimar como se daria eventual compensação da jornada, nem a percepção de horas extras.

Ademais, se a contratação intermitente traz o ônus de fazer com que o empregado busque outros vínculos para complementar a renda, é preciso que lhe seja assegurada mínima estabilidade para ao menos definir a quantos empregadores deverá subordinar-se. O direito à jornada desdobra-se, assim, a uma previsibilidade mínima, ainda que estimada, dos tempo em que o trabalhador efetivamente ficará à disposição do empregador.

Outra garantia que ainda decorre do direito à jornada de trabalho está diretamente relacionada à convocação prévia para o desempenho das tarefas. É preciso que o empregador dê ao trabalhador tempo para planejar a realização de suas atividades.

Sob essa perspectiva, é preciso reconhecer que a única garantia efetivamente observada pela legislação é, nos termos do art. 452-A, § 1º, da CLT, a convocação prévia com, pelo menos, três dias corridos de antecedência. Nenhuma outra medida foi fixada pelo legislador. É inegável, portanto, que há uma omissão inconstitucional na alteração promovida na CLT.

Em discussão pioneira sobre o tema, o e. Ministro Gilmar Mendes definiu os direitos fundamentais como expressando um postulado de proteção, também traduzido como proibição de proteção insuficiente:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).”

(HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

Assim, não tendo havido garantias por parte do legislador para

proteger as situações em que a interferência em seu direito à jornada de trabalho seja desproporcionalmente atingido, é preciso reconhecer que a legislação limitou-se a insuficientemente amparar o trabalhador. Em casos tais, deve esta Corte, vislumbrando a omissão inconstitucional, determinar que a solução seja ajustada à proteção dos direitos fundamentais. Como aduziu o e. Ministro Gilmar Mendes em obra doutrinária:

“A omissão do regulamento pode assumir relevância para o controle abstrato da omissão inconstitucional, se, no caso dos chamados regulamentos autorizados, a lei não contiver os elementos mínimos que assegurem a sua plena aplicabilidade. Nesses hipóteses, a ação direta terá por objeto a omissão do poder regulamentar”.(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*.

Por essa razão, ante a ausência de fixação de horas mínimas de trabalho e de rendimentos mínimos, ainda que estimados, é preciso reconhecer que a figura do contrato intermitente, tal como disciplinado pela legislação, não protege suficientemente os direitos fundamentais sociais trabalhistas.

Diante do exposto, conheço parcialmente das presentes ações, e, na parte conhecida, julgo procedentes os pedidos das ações diretas de inconstitucionalidade 5826, 5829 e 6154 para declarar a inconstitucionalidade do artigo 443, *caput*, parte final, e §3º; artigo 452-A, §1º ao §9º, e artigo 611-A, VIII, parte final, todos da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

É como voto.