

**ANÁLISE COMPARATIVA NORMATIVA: TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL
E EM DIPLOMAS ESTRANGEIROS¹**

**NORMATIVE COMPARATIVE ANALYSIS: INTERMITTENT WORK IN BRAZIL AND
FOREIGN DIPLOMAS**

Flávia PACHECO², Giovana Labigalini MARTINS³, Giselle Gonzalez Gonçalves Brasil JORGE⁴, Luís Henrique BENEDITO⁵, Jane Kelli APARECIDO⁶, Ellen ALONSO⁷, Iara de Oliveira CARDOSO⁸

¹ Artigo escrito por integrantes do O *Grupo das Terças* se compõe por profissionais da área jurídica que, periodicamente, se reúnem em Campinas (Estado de São Paulo, Brasil), para debater temas vinculados ao direito material, processual e internacional do trabalho. Seu método de trabalho tomou como inspiração o célebre *Grupo de los Miércoles*, que durante décadas foi liderado pelo estimado jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez. Seus integrantes são: Carolina Masotti Monteiro, Ellen Alonso, Flávia Pacheco, Giovana Labigalini Martins, Giselle Gonzalez Jorge, Iara de Oliveira Cardoso, Luís Henrique Benedito e Manoel Carlos Toledo Filho.

² Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC-Campinas. E-mail: flapacheco1306@gmail.com

³ Advogada trabalhista, Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP e Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC-Campinas. E-mail: giovana.labigalini@gmail.com

⁴ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica de Sustentabilidade pela PUC de São Paulo. Especialista em Meio Ambiente e Mercado: Os desafios do novo Direito Ambiental pela Universidad Castilla La- Mancha - Espanha. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. E-mail: ggiselle@gmail.com

⁵ Advogado trabalhista, cursando especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: luishenrique_benedito@hotmail.com

⁶ Mestre em Direito Internacional e Comparado pela The Ohio State University Moritz College of Law, especializada em Trabalho e Direitos Fundamentais pela Universidad de Castilla-La Mancha e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. E-mail: aparecido.1@osu.edu

⁷ Advogada trabalhista, especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. E-mail: ellen.alonso.adv@gmail.com

⁸ Advogada trabalhista. E-mail: iaracardoso18@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem o objetivo realizar um estudo comparativo legislativo do instituto do trabalho intermitente, tal como previsto no projeto de reforma trabalhista-sindical (PLC 38/2017), e a previsão normativa existente em outros países da América Latina, quais sejam, Argentina, Chile, Colômbia, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai, bem como dos Estados Unidos e da Europa, especificamente na Espanha, Itália e Portugal. O método utilizado foi a comparação das previsões legislativas de cada um dos países, a fim de concluir pela existência - ou não, do trabalho intermitente nos mencionados países, tendo como referência a proposta de modificação a ser introduzida no Brasil. Portanto, a hipótese que pretendemos comprovar e, assim, a finalidade última deste trabalho é a inexistência do trabalho intermitente, tal como previsto na reforma, de modo a desmitificar uma de muitas inverdades que vem sido propagadas em defesa da (des)reforma trabalhista.

Palavras-chave: reforma trabalhista; trabalho intermitente; direito comparado.

Abstract

This article aims to carry out a comparative legislative study of Intermittent Work as it is foreseen in the project of employment-labor reform in Brazil (PLC 38/2017) and the existing related norms in other Latin American countries, namely, Argentina, Chile, Colombia, Mexico, Panama, Paraguay, Peru and Uruguay, as well as in the United States and in Europe, specifically in Spain, Italy and Portugal. The method used was the comparison of related legislation in each of the countries, in order to conclude whether or not intermittent work exists in the mentioned countries, with reference to the proposed modification about to be introduced in Brazil. Therefore, the hypothesis that we intend to prove, and thus the ultimate purpose of this work is that intermittent work does not exist in other countries as it is foreseen in Brazil's recent employment-labor reform, in order to demystify one of the many untruths that have been propagated in defense of the employment-labor (dis)reform.

Keywords: labor reform; intermittent labor; comparative law.

I. Introdução

Sob pesadas e fundamentadas críticas, a pretensa “reforma trabalhista” (PL 38/2017), avança no Congresso Nacional brasileiro.

O relatório apresentado pelo Senador Ricardo Ferraço⁹ que, por um lado aprovou o texto recebido da Câmara dos Deputados, por outro sugeriu que a Presidência vetasse os artigos que regulamentam o trabalho intermitente, ou seja, transferiu a outrem a função primeira do Senado Federal, qual seja, o ato de legislar.

O lamentável contrassenso já evidencia que o tema não vem sendo enfrentado com seriedade, tampouco com qualidade de debate, ou com o tempo de maturação necessário para a edição de lei dessa envergadura.

Dizem os políticos que militam por sua aprovação, sem elencarem fontes seguras, que o conteúdo da proposta de alteração está pautado em dispositivos já existentes em diplomas estrangeiros.

Contudo, embora os autores do projeto tenham feito menção à existência da figura trabalho intermitente em “toda” ou “quase toda” América Latina, fato é que uma pesquisa levada a efeito na legislação da Região, inclusive mediante consulta específica a diversos especialistas de

distintos países, para nada confirmou essa genérica – e, por isso mesmo, inconsistente – assertiva.

Com efeito: analisados os ordenamentos de Argentina, Chile, Colômbia, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai¹⁰, o que neles se encontrou foram figuras de contrato de trabalho determinado, de trabalho avulso, de trabalho temporário, que substancialmente, diferem do labor dito “intermitente”.

Além disso, não são raras as comparações do direito trabalho pátrio com o ordenamento jurídico estadunidense, de modo que foi feita análise também do contrato de trabalho intermitente também da legislação dos EUA e constatado nestes o fracasso desta modalidade contratual.¹¹

¹⁰ Foram consultados os seguintes especialistas: Argentina: Maurício César Arese e Lucas Tamagno; Chile: Diego Lopez, José Luis Ugarte Cataldo e Sergio Gamonal Contreras; Colômbia: Luísa Fernandes; México: Carlos de Buen Unna; Panamá: Jaime Javier Jovane Burgos; Paraguai: Roberto Ingles; Peru: Guido Aguila Grados; Uruguai: Mário Garmendia Arigon.

¹¹ Segundo Flávio da Costa Higa, citando 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: *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”.* HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa->

⁹ Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&disposition=inline>.> Acessado em 23.06.2017.

Assim, o presente texto trata de uma breve análise que fizemos dos sistemas jurídicos vigentes na Espanha, Itália e Portugal, visando identificar a existência da figura que se pretende adotar no Brasil.

II. Trabalho Intermitente na Espanha

Esse pequeno estudo desmantela qualquer possível atribuição à Legislação Espanhola, no que pertine à proposta de introdução do chamado “Trabalho Intermitente” no Brasil.

Segundo a referida proposta de lei neste particular:

“Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual há prestação de serviços, com subordinação, não 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.” Prevê ainda o artigo 443 do PL que 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.”

O artigo 452 – A adentra no instituto, apresentando os pormenores:

“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.”

Importante ressaltar que tal modalidade contratual traz consigo uma série de críticas e ressalvas totalmente pertinentes, já que é premissa basilar a impossibilidade de repasse do ônus da atividade empresarial desenvolvida pelo empregador para seus empregados; e, o trabalho em dias incertos e com duração incerta já acarreta no repasse deste ônus ao empregado, que terá, caso seja aprovada a proposta, de quedar à espera do seu empregador, já que, mesmo descontínua a relação empregatícia, existiria a subordinação.

Na Espanha, existe uma relação contratual que, num olhar mais desatento, até poderia se assemelhar ao trabalho intermitente contido no PL 38/2017, no entanto, verdadeiramente, não existe qualquer similitude entre o “fijo – discontinuos” (fixos – descontínuos) espanhol e o intermitente brasileiro.

Prevê o artigo 16 da ET – Estatuto dos Trabalhadores (Lei 2/2015):

“Artículo 16. Contrato fijo-discontinuo.

1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido.

2. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

3. Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

4. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos fijos-discontinuos.”

Já de antemão, fica observado que o instituto espanhol contempla a possibilidade de se ter um contrato fixo – descontínuo, por tempo indeterminado, para os serviços que tenham caráter fixo e descontínuo, e que não se repitam em determinadas datas certas, observado o volume normal da empresa. A proposta brasileira assim não dispõe, uma vez que possibilita a realização do contrato de trabalho intermitente independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas.

Ademais, o diploma espanhol prevê que, para os casos de trabalho

descontínuo que se repitam em datas certas, a regulamentação pertinente é dada pelo contrato a tempo parcial com duração por prazo indeterminado, situação esta não prevista na proposta nacional.

Outro ponto que distancia a previsão espanhola da proposta brasileira diz respeito a necessidade de intervenção do sindicato, através das Convenções Coletivas de Trabalho, quanto à forma de “chamamento” dos trabalhadores, possibilitando apenas ao empregador, em caso de descumprimento do que fora conveniado, reclamar através de um procedimento de dispensa ante à autoridade do trabalho, com início do prazo desde o momento em que se teve conhecimento da falta de convocação. Vale mencionar que a proposta brasileira descartou qualquer intervenção sindical no que diz respeito ao contrato intermitente.

Passo seguinte, o contrato de trabalho fixo – descontínuo na lei espanhola prevê a necessidade de formalização por escrito, com o elenco do modelo de contrato adotado, além de conter uma indicação acerca da duração estimada da atividade, assim como a forma e a ordem de chamamento estabelecida através de Convenção Coletiva de Trabalho, fazendo constar igualmente, de maneira orientativa, a jornada de trabalho estimada e sua distribuição horária –

peculiaridades inexistentes no modelo brasileiro.

A última parte do artigo 16 do ET prevê que as Convenções Coletivas de âmbito setorial poderão acordar, quando as peculiaridades da atividade do setor assim o justificarem, a celebração a tempo parcial dos contratos fixos - descontínuos, assim como os requisitos e especialidade para a conversão de contratos temporais em contratos fixos – descontínuos, colocando, por fim, uma pá de cal sobre qualquer interpretação que sustente alguma semelhança entre os institutos.

Notoriamente, percebe-se que a previsão legal espanhola tem cunho protetivo, com especificidades totalmente divergentes daquelas constantes na proposta de lei brasileira, no tópico “contrato intermitente”. Assim, atribuir à Espanha uma inspiração legislativa, pelo menos no que pertine ao contrato intermitente, é falaciosa.

III. Trabalho Intermitente na Itália

A figura jurídica do contrato de trabalho intermitente na Itália é comumente designada também como contrato a chamada¹² ou pelo

¹² Tradução livre do italiano “contrato di lavoro intermitente” ou “contrato di lavoro a chiamata”. Cf. <<https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/Pagine/Contratto-di-lavoro-intermittente-o-a-chiamata.aspx>>. Acesso em 21.05.2017.

correspondente na língua inglesa, *job on call*.

São diversas as legislações que disciplinam o trabalho intermitente, citamos a seguir algumas: Decreto Legislativo n.º 276/2003, passando pela Lei 247/2007, Decreto-lei n.º 112/2008, convertido na Lei n.º 133/2008, Lei 92/2012 e, por último, o Decreto Legislativo 81/2015.

A definição do trabalho intermitente na Itália, obtida no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e da Política Social¹³, é de um “contrato que pode ser ativado, onde há a necessidade de usar um trabalhador para o desempenho de trabalho com uma frequência não predeterminada, permitindo que empregador se utilize do trabalhador, chamando-o, se necessário”.¹⁴ Em outras palavras, o trabalhador é colocado à disposição do empregador, durante um período de tempo especificado no contrato, a depender das necessidades de produção.

A utilização desse tipo de contrato ocorre principalmente nos trabalhos no ramo do entretenimento, guardas, recepcionistas, no turismo ou em

atividades que tem picos de demanda em determinado período do ano.

Passamos a seguir a analisar alguns aspectos do contrato de trabalho intermitente na Itália.

1. Requisitos formais:

a.) A exigência de forma escrita para o contrato, ainda que somente para prova de sua existência, com indicação do conteúdo previsto em lei, bem como o prazo – indeterminado ou determinado.

b.) A entidade de prestação de serviço (entidade patronal) deve efetuar, além da comunicação obrigatória a pré-assuntiva, uma comunicação administrativa¹⁵ antes do início do desempenho da prestação de trabalho intermitente de duração não superior a trinta dias, realizada dentro de um planejamento prévio.

2. As previsões legais de celebração do contrato intermitente:

a.) Para as necessidades identificadas nas convenções coletivas, deve haver também referência ao desempenho do trabalho em horários

¹³ Tradução livre de Ministerio del Lavoro e dele Politiche Sociali, que será adotada ao longo do texto.

¹⁴ Tradução livre do italiano a partir da definição disponível em <https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/Pagine/Contratto-di-lavoro-intermittente-o-a-chiamata.aspx>, acesso em 22.05.2017.

¹⁵ A modalidade atualmente em vigor para realizar a comunicação está prevista no Decreto Interministerial de 27 de março de 2013 e na Circular MLPS n. 27/2013. Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_In_terministeriale_27_marzo_2013.pdf> e <<http://www.dplmodena.it/MLcir27-13Intermitt.pdf>>. Acessados em 22.05.2017.

predeterminados durante a semana, mês ou ano.

b.) A contratação coletiva do trabalho intermitente deve individualizar as exigências e o período predeterminado, que justifiquem o recurso a esse tipo de contrato.

c.) A partir de 2012, o desempenho do contrato intermitente deve ocorrer por trabalhadores com mais de 55 (cinquenta e cinco) anos e com menos de 24 (vinte e quatro) anos, desde que a prestação de serviços seja concluída até os 25 (vinte e cinco) anos de idade.

d.) Caso a contratação do trabalho intermitente não ocorra por meio de contratação coletiva, as hipóteses de contratação individual serão identificadas por meio de decreto do Ministerial especial.

e.) É permitido que cada trabalhador preste serviços ao mesmo empregador por um período total não superior a 400 (quatrocentos) dias dentro de três anos civis, com exceção dos setores do turismo, atividades com o público, e de espetáculos. No caso em que tal período seja superior, a relação de trabalho intermitente é transformada em tempo integral e de duração indeterminada.

3. Remuneração:

a.) É previsto o pagamento de um “subsídio de disponibilidade”, no caso

em que o trabalhador contratualmente comprometa-se a responder a chamada. O valor é determinado em convenção coletiva, mas nunca inferior ao mínimo fixado em decreto do Ministério do Trabalho e da Política Social, após consulta dos sindicatos mais representativos à nível nacional. Portanto, o trabalhador recebe pela hora de trabalho efetivamente desempenhada, além de um valor pela “disponibilidade”. Contudo, o empregador não é obrigado a pagar o “subsídio de disponibilidade” em caso de indisponibilidade temporário do empregado (doença ou outra causa).

b.) O trabalhador intermitente tem o direito, para o período de trabalho efetivamente prestado, ao mesmo tratamento retributivo e de ser reconhecido com o mesmo nível de igualdade. No entanto, o tratamento normativo e previdenciário é determinado na proporção da duração do trabalho desempenhado.

4. Vedações ao trabalho intermitente na Itália:

a) Substituir trabalhadores em greve;

b) Trabalhar em unidades de produção em que nos 6 (seis) meses anteriores: (a) foram realizadas dispensas coletivas; (b) houve suspensão das relações de trabalho; (c) houve redução nas horas

de trabalho, salvo disposição em contrário, nos acordos sindicais.

Além disso, o trabalhador inscrito na lista de mobilidade com o contrato intermitente por tempo indeterminado, permanece na lista, sem ter a obrigação de responder à chamada¹⁶.

Notamos, assim, que a disciplina do contrato intermitente é feita pela contratação coletiva, configurando-se exceção a contratação individual.

No Brasil, o PLC 38/2017 cria a figura do trabalho intermitente nos artigos 443, 444, 452-A. Os efeitos de tal proposta mostram-se nefastos, pois podemos afirmar que “é a institucionalização do “bico” e, portanto, da precarização”. Gera para os trabalhadores uma situação de plena insegurança, não lhes garantindo, sequer, o recebimento do salário mínimo”.¹⁷ Além disso, ocasionará o aumento de subempregos, com a contratação de trabalhadores intermitentes por vários contratantes (artigo 452-A, § 5º).

Em breve análise comparativa podemos afirmar que o contrato intermitente na Itália se difere da prevista

no PLC 38/2017, pois, ainda que mínima, há uma maior proteção legal:

a) A contratação é prioritariamente por meio de contratos coletivos, sendo que na hipótese de contratação individual, há ainda maior limitação por parte do Estado;

b) Os trabalhos desempenhados são majoritariamente no setor do turismo, entretenimento e outros em que há “picos” de demanda;

c) Há fixação de horas máximas trabalhadas nessa modalidade contratual (no máximo de 400 (quatrocentos) dias em três anos para o mesmo empregador);

d) O trabalhador recebe o denominado “subsídio de disponibilidade”, por permanecer à disposição do empregador;

e) Há limitação etária, menos de 24 anos e maior de 55 anos.

Em Audiência Pública promovida pela Comissão de Assuntos Sociais e Comissão de Assuntos Econômicos, o procurador-Geral do Ministério Público do Trabalho, Dr. Ronaldo Curado Fleury, afirmou, a respeito do trabalho intermitente, “*prefiro chamar de salário intermitente*”.¹⁸ E, de fato, é o que vai

¹⁶ Interpello n. 15/2015. Disponível em: <<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Interpello-15-2016.pdf>>. Acesso em 21.05.2017.

¹⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. Os 201 ataques da “reforma” aos trabalhadores. Disponível em <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>>. Acesso em 22.05.2017.

¹⁸ A íntegra da audiência pública realizada em 10.05.2017 no Senado Federal encontra-se disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=D4J7WxngJ4k>>. Acesso em 21.05.2017.

ocorrer se o PLC 38/2017 for aprovado no Senado Federal, sem qualquer garantia do recebimento de salário por parte do trabalhador.

Por fim, o relatório da OIT de 2015 concluiu que o caminho para o crescimento econômico e a diminuição do desemprego não é a flexibilização das leis trabalhistas. Portanto, o Brasil caminha ao desgoverno total das relações de trabalho, com a possibilidade de exploração da força de trabalho sem qualquer responsabilidade por parte dos empregadores.

IV. Trabalho Intermitente em Portugal

Em Portugal, o trabalho intermitente fora minuciosamente regulamentado. Neste sentido, a legislação portuguesa prevê que o contrato intermitente deve ser realizado de forma escrita, sendo que a não observância desse requisito gera a nulidade do pacto. Ainda, há uma limitação para a estipulação do contrato de trabalho intermitente apenas para empresas que exerçam atividade com descontinuidade, ao contrário do projeto de lei ora debatido que prevê a aplicação do contrato intermitente de forma irrestrita, para qualquer atividade empresarial.

A legislação portuguesa também prevê o pagamento ao empregado no período em que este ficar inativo, estabelecendo o percentual mínimo de

20%, sendo que o contrato intermitente deve contar um número anual mínimo de horas em que o empregado deverá ser acionado pela empresa.

No Brasil, o projeto de lei prevê a ausência de pagamento para o período de inatividade do empregado não prevendo, também, um período mínimo em que o empregado deva ser obrigatoriamente acionado pela empresa.

V. Trabalho intermitente nos Estados Unidos

A principal lei federal trabalhista nos Estados Unidos, a *Fair Labor Standard Act* (FLSA) de 1938, que cobre a maior parte dos trabalhadores do país, não trata do trabalho intermitente¹⁹. Trabalhos com horários flexíveis devem ser tratados em contratos empregatícios entre empregador e empregado. Isso porque, nos Estados Unidos, apesar de raramente existir um contrato escrito em uma relação de trabalho, os contratos trabalhistas são considerados como qualquer outro, ou seja, ambas as partes são consideradas no mesmo patamar de negociação e são livres para contratar e descontratar quando quiserem. Assim, na falta de um acordo coletivo ou contrato trabalhista que disponha o contrário, um empregador pode despedir um empregado a qualquer

¹⁹ United States Department of Labor. Disponível em: <https://www.dol.gov/general/topic/workhours/flexibleschedules>. Acesso em 12/5/2017.

hora e sem justa causa; e por sua vez, o empregado também pode deixar o trabalho quando quiser. Trata-se da teoria do *employment-at-will*.

O trabalho intermitente é tratado no *Code of Federal Regulations* (5 CFR 340.403). O CFR é a codificação de leis administrativas e regulamentos gerais e permanentes do governo federal. O código é dividido em 50 títulos que representam áreas sujeitas à regulamentação federal. Várias agências federais são responsáveis por diferentes títulos. O código teve início em 1938. O título 5 do código, que trata do pessoal administrativo, é onde se encontram as disposições acerca do trabalho intermitente. A agência federal responsável pelo título 5 é o *Office of Personnel Management* (OPM). Contudo, essa lei abrange funcionários públicos federais.

O disposto no título 5 CFR § 340.403 é o seguinte:

Trabalho intermitente

(a) Uso apropriado: Uma escala de trabalho intermitente é apropriada somente quando a natureza do trabalho for esporádica e imprevisível, de forma que não pode ser regulamente marcada com antecedência. Quando uma agência consegue marcar a escala de trabalho com antecedência de forma regular, ela tem uma obrigação de documentar a mudança do trabalho de intermitente para parcial ou

integral para certificar-se do correto crédito do serviço.

(b) Mudança não competitiva: Empregados intermitentes de cargos de indicação podem mudar para outras posições da mesma forma que outros empregados.²⁰

Ainda tratando de funcionários públicos, governos estaduais e municipais têm suas próprias leis de recursos humanos que explicam como designar um empregado como intermitente. Em geral, trabalhadores que trabalham menos de 20 horas semanais e 500 horas anuais, além de não terem uma semana regular de trabalho, são considerados intermitentes. Por exemplo, o *Ohio Revised Code* (ORC), *Chapter 123:1-47-01*, da divisão de recursos humanos daquele estado, define trabalho intermitente como quando um empregado trabalha menos de 1000 horas por ano fiscal, ou apenas pela duração de um projeto específico ou por um financiamento que exceda 1000 horas por ano fiscal.²¹

A OPM precisou esclarecer as diferenças entre trabalhado temporário, trabalho sazonal e trabalho intermitente:

20 Legal Information Institute – US Law. Disponível em:

<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/5/340.403>. Acesso em: 15/5/2017.

21 Ohio Laws and Rules. Disponível em <http://codes.ohio.gov/oac/123:1-47-01>. Acesso em 15/5/2017.

(a) Trabalho temporário é usado para preencher posições quando não há necessidade permanente para a prestação dos serviços. Por exemplo, o trabalho temporário pode ser usado para preencher uma posição que não se espera que dure mais de 1 ano ou para o caso de reorganização ou extinção da agência, fim de um projeto específico etc. Os termos sazonal ou intermitente podem se referir a empregados permanentes ou temporários.

(b) Trabalhadores sazonais desenvolvem suas atividades de forma recorrente a cada ano. Por exemplo, o trabalho dura 6 meses todos os anos.

(c) Trabalhadores intermitentes se encaixam melhor em trabalhos esporádicos e imprevisíveis, permitindo ao empregador utilizá-los em casos de emergência ou quando a escala de trabalho é difícil de definir. Esses trabalhadores não são elegíveis para programas de benefícios.²²

O *Department of Labor*, (DOL) agência regulatória governamental e que tem a missão de “adotar, promover e desenvolver o bem-estar dos assalariados, dos que procuram por emprego, e dos aposentados dos Estados Unidos; melhorar as condições de trabalho; favorecer oportunidades de emprego rentável; e

assegurar benefícios e direitos trabalhistas”²³ trata do trabalho intermitente como uma espécie de trabalho temporário nos mesmos moldes da OPM e menciona apenas as possibilidades dentro de funções públicas²⁴.

No setor privado, contudo, com a modernização dos sistemas de grandes lojas varejistas, teve início a prática do *just in time scheduling*, seguindo a filosofia de produção industrial criada pela Toyota nos anos setenta. Nessa prática, empregadores normalmente utilizam um *software* que determina quantos e quais trabalhadores serão necessários naquele dia de acordo com o movimento estimado de clientes. Trabalhadores recebem mensagens via e-mail ou por telefone dizendo se devem comparecer. Contudo, a prática vem sendo considerada negativa para os trabalhadores que se sentem reféns das empresas por terem que estar disponíveis o dia todo²⁵, mas não serem chamados e, alguns, chegam a se locomover ao trabalho só para descobrir que não estavam escalados para trabalhar.²⁶ Aos poucos, a

22 Office of Personnel Management, Statement of Angela Bailey. Disponível em: <https://www.opm.gov/news/testimony/111th-congress/temporary-employee-practices-how-long-does-temporary-last/>. Acesso em 15/5/2017.

23 United States Department of Labor. Disponível em <https://www.dol.gov/general/aboutdol/mission>. Acesso em 14/5/2017.

24 Id. Disponível em <https://www.dol.gov/oasam/doljobs/tempemployees.htm>. Acesso em 14/5/2017.

25 DEHAR, Ravi. *Homebase Scheduling Software, Shift Planning: How Just In Time Scheduling Affects Local Businesses*. Disponível em: <https://joinhomebase.com/blog/shift-planning-schedules-that-work-act/>. Acesso em 13/5/2017.

26 GIVE, Ramsay de. NBC News, *Shift Change: “Just-in-Time” Scheduling Creates Chaos for Workers*.

prática também vem sendo questionada por empregadores que percebem as dificuldades de se organizar o fluxo de trabalho, a classificação de funcionários, os pagamentos etc.

Alguns estudos mostram que mudanças na prática do *just in time scheduling* seriam benéficas.

Ainda hoje empregos remunerados por hora parecem ser desenhados para uma força de trabalho masculina casada com mulheres donas de casa como em 1962. Esse modelo, contudo, não mais corresponde à realidade atual. Aqueles que trabalham por hora sofrem para cuidar de suas famílias enquanto trabalham em empregos com horários imprevisíveis ou rígidos e inflexíveis. Empregadores, por sua vez, enfrentam altos números de absenteísmo que aumentam seus custos. *Just in time scheduling* cria uma instabilidade significativa nas horas dos trabalhadores, com mudanças nas horas por semana, nos períodos do dia, duração de turno, bem como trabalho involuntário por meio período²⁷.

Trabalhadores subordinados ao *just in time scheduling* têm dificuldades maiores para lidar com o cuidado de crianças e/ou idosos e também

em conseguir horas de trabalho suficientes para o suporte familiar. Para melhorar a eficiência de agendamento, os empregadores precisam repensar a insistência de exigir disponibilidade total 24/7 dos empregados, por não ser realista a acabar aumentando absenteísmo. Uma pesquisa anterior com os empregados sobre os melhores horários e dias para eles seria um passo importante.²⁸ Em maio de 2004, pesquisa do *Bureau of Labor Statistics* descobriu que mais de 27 milhões de empregados em período integral tiveram horários flexibilizados.²⁹

Tem se tentado introduzir legislação federal para regular o *just in time scheduling*. Um exemplo seria o *Schedules that Work Act* apresentado em 2015³⁰ ao Congresso. No âmbito estadual, algumas leis já estão em existência como, por exemplo, a *Retail Workers Bill of Rights* de San Francisco, quanto a exigir do empregador que avise o trabalhador com pelo menos 2 semanas de antecedência quanto às escalas de trabalho, além de pagamentos se a

Disponível em <http://www.nbcnews.com/feature/in-plain-sight/shift-change-just-time-scheduling-creates-chaos-workers-n95881>. Acesso em 13/5/2017.

²⁷ WILLIAMS, Joan C. United States Department of Labor, *Today's Schedules for Today's Workforce: Hourly Employees and Work-Life Fit*. Disponível em:

https://www.dol.gov/wb/resources/todays_schedules_for_todays_workforce.pdf. Acesso em 15/5/2017.

28 Id.

29 Bureau of Labor Statistics, *Workers on Flexible and Shift Schedules in 2004 Summary*. Disponível em: <https://www.bls.gov/news.release/flex.nr0.htm>. Acesso em 15/5/2017.

30 Congress.Gov, *Schedules That Work Act*. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/3071/related-bills>. Acesso em 12/5/2017.

regra não for seguida ou se o empregador cancelar a escala em 24 horas.³¹

Como nos Estados Unidos precedentes tem a mesma hierarquia de leis escritas, devido ao *common law*, um caso importante sobre o assunto é o *Casas v. Victoria's Secret Stores, LLC* da Califórnia (n. 2:14-cv-06412) que levou a uma maior discussão a respeito do tema e a uma atuação legislativa.

Um relatório produzido pela *DC Jobs With Justice, Jobs With Justice Education Fund, DC Fiscal Policy Institute e Georgetown University's Kalmanovitz Initiative for Labor and the Working Poor*, intitulado *Unpredictable, Unsustainable: The Impact of Employers' Scheduling Practices in DC* deixa claro que a prática não tem funcionado para as famílias de DC.³² Em pesquisa realizada com cerca de 500 pessoas, foi descoberto que empregados têm medo de pedir mudanças em seus horários de trabalho estipulados pelo empregador por causa de possíveis retaliações.³³

No mesmo sentido, uma pesquisa feita pelo *New York Times/CBS* descobriu que 72% dos americanos preferem que seus empregadores deem um aviso com antecedência de, pelo menos, 2 semanas sobre seus horários.³⁴

Aparentemente, a legislação Americana, tanto federal quanto estadual, está se movendo na direção de incentivar o trabalho em tempo integral e se afastar das práticas de trabalho intermitente, após alguns anos de resultados não positivos dessa última.

VI. Conclusão.

Como vimos, o PL 38/2017 pretende instituir no Brasil uma modalidade de contrato de trabalho descontínuo, o qual é celebrado sem a observância de qualquer formalidade, uma vez que é admitida, inclusive, sua contratação de forma tácita.

Nessa modalidade, com apenas 3 (três) dias de antecedência o funcionário é convocado para atuar em qualquer turno, inclusive noturno, sendo certo ainda que o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e, portanto, não será remunerado.

31 WILLIAMS, Jonathan. Jobs with Justice San Francisco, *Groundbreaking Labor Rights Coming Your Way*. Disponível em: <http://jwjsf.org/2015/02/groundbreaking-labor-rights-coming-your-way>. Acesso em 15/5/2017.

32 SCHWARTZ, Ari et al. DC Jobs with Justice, *Unpredictable, Unsustainable: The Impact of Employers' Scheduling Practices in D.C.* Disponível em: http://www.dcjwj.org/wp-content/uploads/2015/06/DCJWJ_Scheduling_Report_2015.pdf. Acesso em 15/5/2017

33 Id.

34 SCHEIBER Noam and SUSSMAN, Dalia. The New York Times, *Inequality Troubles Americans Across Party Lines*, Times/CBS Poll Finds. Disponível em: https://www.nytimes.com/2015/06/04/business/inequality-a-major-issue-for-americans-times-cbs-poll-finds.html?_r=0. Acesso em 14/5/2017.

Assim, é evidente que o modelo que se pretende adotar no Brasil em nada se assemelha com aqueles instituídos pelos países europeus.

Na Espanha, Itália e Portugal o contrato de trabalho descontínuo é admissível em atividades econômicas revestidas dessa característica, enquanto que no Brasil essa modalidade é admitida indistintamente, para qualquer atividade, transferindo, flagrantemente, o risco do negócio ao hipossuficiente da relação.

Além disso, o projeto de lei brasileiro, diferentemente do sistema espanhol e italiano, afasta qualquer intervenção sindical no momento da convocação do trabalhador pela empresa, fragilizando, ainda mais, o empregado contratado nessa modalidade.

Sobre esse aspecto, importante destacar que, na Itália, a intervenção sindical é tão importante que, em regra, a contratação descontínua é realizada de forma coletiva, de modo que a contratação individual ocorre apenas excepcionalmente.

No mais, os sistemas europeus exigem formalidades para a contratação, como a forma escrita, as quais são dispensadas no PL 38/2017.

Por fim, na Itália e em Portugal, o trabalhador é remunerado, ainda que parcialmente, pelo tempo à disposição, no

que se distingue fundamentalmente com o modelo que se pretende adotar no Brasil.

Porém, o PLC 38/2017 apresenta algumas características em comum com o trabalho intermitente estadunidense, tratado uma espécie de trabalho temporário nos mesmos moldes da Toyota nos anos setenta com a prática do just in time scheduling.

Nesta prática, empregadores normalmente utilizam um software que determina quantos e quais trabalhadores serão necessários naquele dia de acordo com o movimento estimado de clientes. Trabalhadores recebem mensagens via e-mail ou por telefone dizendo se devem comparecer.

Contudo, como visto no presente artigo, a prática vem sendo considerada negativa para os trabalhadores que se sentem reféns das empresas por terem que estar disponíveis diariamente, sem a certeza de que serão chamados, o que gera frustração, além da dificuldade de organização do fluxo de trabalho, classificação de funcionários, pagamentos etc.

Porém, muito embora a experiência internacional demonstre que esse ponto da Reforma Trabalhista gerará mais prejuízos do que benefícios, podemos concluir que o Brasil está em vias de produzir mais uma de suas “jabuticabas”, contudo, de sabor muito amargo para os

trabalhadores brasileiros e que restará por precarizar ainda mais as relações de trabalho.

Assim, só nos resta ficar na torcida pelo veto presidencial, conforme clamou o relator do projeto de lei do Senado Federal.

VI. Referências Bibliográficas.

BRASIL, SENADO. FERRAÇO, Ricardo. **Parecer nº , de 2017 da Comissão de Assuntos Econômicos**, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&dispositon=inline>> Acessado em 23/06/2017.

BRASIL, SENADO. Comissão de Assunto Econômicos e Comissão de Assuntos Sociais. **Audiência pública conjunta, realizada em 10/05/2017, para ouvir o presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ministro Ives Gandra Martins Filho, para discutir a proposta de reforma trabalhista.** Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=D4J7WxngJ4k>>. Acesso em 21/05/2017.

Cornell's Legal Information Institute. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/5/340.403>>. Acesso em 15/05/2017.

DEHAR, Ravi. **Homebase Scheduling Software, Shift Planning: How Just In Time Scheduling Affects Local Businesses.** Disponível em:

<https://joinhomebase.com/blog/shift-planning-schedules-that-work-act/>. Acesso em 13/5/2017

ESPAÑA. **Real Decreto Legislativo 2/2015.** Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>>. Acessado em 05/06/2017.

ESTADOS UNIDOS. **Bureau of Labor Statistics, Workers on Flexible and Shift Schedules in 2004 Summary.** Disponível em: <https://www.bls.gov/news.release/flex.nr0.htm>. Acesso em 15/5/2017

ESTADOS UNIDOS. **Congress.Gov, Schedules That Work Act.** Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/3071/related-bills>. Acesso em 12/5/2017

ESTADOS UNIDOS. **Department of Labor.** Id. Disponível em <https://www.dol.gov/oasam/doljobs/tempemployees.htm>. Acesso em 14/5/2017

ESTADOS UNIDOS. **Office of Personnel Management, Statement of Angela Bailey.** Disponível em: <https://www.opm.gov/news/testimony/11th-congress/temporary-employee-practices-how-long-does-temporary-last/>. Acesso em 15/5/2017

ESTADOS UNIDOS. **United States Department of Labor.** Disponível em <https://www.dol.gov/general/aboutdol/miission>. Acesso em 14/5/2017

GIVE, Ramsay de. **NBC News, Shift Change: "Just-in-Time" Scheduling Creates Chaos for Workers.** Disponível em <http://www.nbcnews.com/feature/inplain-sight/shift-change-just-time-scheduling-creates-chaos-workers-n95881>. Acesso em 13/5/2017

HIGA, Flávio da Costa. **Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente#_ftn16, acesso em 26.06.2017.

ITÁLIA, **Ministerio del Lavoro e delle Politiche Sociali.** Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/Pagine/Contratto-di-lavoro-intermittente-o-a-chiamata.aspx>. Acesso em 21/05/2017.

ITÁLIA, **Ministerio del Lavoro e delle Politiche Sociali.** *Circolare n. 27/2013.* Disponível em: <http://www.dplmodena.it/MLcir27-13Intermitt.pdf> >. Acesso em 22/05/2017.

ITÁLIA, **Ministerio del Lavoro e delle Politiche Sociali.** *Decreto Ministeriale 27 marzo 2013. Chiamata di lavoro intermittente. Modalità operative di comunicazione.* Disponível em: https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Interministeriale_27_marzo_2013.pdf > Acesso em 22/05/2017.

ITÁLIA, **Ministerio del Lavoro e delle Politiche Sociali.** *Interpello n. 15/2015.* Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Interpello-15-2016.pdf> >. Acesso em 21/05/2017.

KOKEMULLER, Neil. **What Is an Intermittent Job?** Disponível em: <http://work.chron.com/intermittent-job-30927.html> >. Acesso em 26/06/2017

PORTUGAL, Lei 7/2009, de 12 de fevereiro – **Código do Trabalho de Portugal.** Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_

<estrutura.php?tabela=leis&nid=1047&nvers> >. Acesso em 14/05/2017.

OHIO LAWS AND RULES. Disponível em <http://codes.ohio.gov/oac/123:1-47-01>. Acesso em 15/5/2017

SCHWARTZ, Ari et al. **DC Jobs with Justice, Unpredictable, Unsustainable:** The Impact of Employers' Scheduling Practices in D.C. Disponível em: http://www.dcjwj.org/wp-content/uploads/2015/06/DCJWJ_Scheduling_Report_2015.pdf . Acesso em 15/5/2017

SCHEIBER, Noam and SUSSMAN, Dalia. **The New York Times, Inequality Troubles Americans Across Party Lines,** Times/CBS Poll Finds. Disponível em: https://www.nytimes.com/2015/06/04/business/inequality-a-major-issue-for-americans-times-cbs-poll-finds.html?_r=0 >. Acesso em 14/5/2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **Os 201 ataques da "reforma" aos trabalhadores.** Disponível em <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores> >. Acesso em 22/05/2017.

WILLIAMS, Joan C. **United States Department of Labor, Today's Schedules for Today's Workforce:** Hourly Employees and Work-Life Fit. Disponível em:

https://www.dol.gov/wb/resources/todays_schedules_for_todays_workforce.pdf. Acesso em 15/5/2017.

WILLIAMS, Jonathan. **Jobs with Justice San Francisco, Groundbreaking Labor Rights Coming Your Way.** Disponível em: <http://jwjsf.org/2015/02/groundbreaking-labor-rights-coming-your-way>. Acesso em 15/5/2017.