

CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA DURAÇÃO DO TRABALHO NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

80

Leandro Fernandez

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Professor. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região – AMATRA VI (gestão 2018/2020). Membro da Comissão Nacional de Prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. Coordenador Adjunto da Escola Judicial do TRT-6. Coordenador Adjunto da Revista de Direito Civil e Processual. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho.

Sumário: 1 Introdução. 2 Tempo à disposição do empregador e períodos de inatividade. 3 Compatibilidade com as exceções do art. 62 da CLT? 4 Horas extraordinárias, intervalos, trabalho noturno, domingos, feriados e sobreaviso. 5 Considerações finais. Referências

1 Introdução

O trabalho intermitente foi introduzido no Brasil por meio da Lei n.º 13.467/17, a Reforma Trabalhista, resultado da conversão do Projeto de Lei n.º 6.787/16.

Em sua redação original, o PL nada dispunha a respeito do contrato de trabalho intermitente, matéria inserida apenas posteriormente na ambiciosa e abrangente reformulação da CLT apresentada em seu Substitutivo.

Contados artigos e parágrafos inseridos ou alterados, a iniciativa legislativa promoveu mais de duzentas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho, além de uma reformulação da Lei n.º 6.019/74 e mudanças pontuais nas Leis n.º 8.036/90, n.º 8.212/91 e n.º 8.213/91.

Especificamente em relação ao contrato de trabalho intermitente, a Lei n.º 13.467/17 alterou o *caput* do art. 443 celetista, incluindo-o como uma das modalidades de contrato de emprego, acrescentando ao citado artigo o seu § 3º, que define essa espécie contratual. A novel legislação também inseriu na CLT o art. 452-A, com nove parágrafos, responsável por estabelecer o regramento aplicável ao trabalho intermitente.

No presente artigo, interessa-nos analisar, de maneira específica e aprofundada, uma série de questionamentos e controvérsias acerca da disciplina da duração do trabalho no contrato de emprego intermitente.

2 Tempo à disposição do empregador e períodos de inatividade

Historicamente, toda a normatização, internacional e nacional, acerca da duração do trabalho foi construída com o propósito de restringir a sua extensão.

Não à toa, a primeira Convenção editada pela Organização Internacional do Trabalho dispôs exatamente sobre o tema da limitação das horas de trabalho, sendo a observância deste direito indispensável para a concretização da noção de trabalho decente que décadas mais tarde viria a ser propugnada pela instituição.

O estabelecimento de um número máximo de horas de labor consiste em uma importante conquista histórica e em um dos mais relevantes direitos humanos trabalhistas, estando intimamente relacionada à viabilização do pleno desenvolvimento das potencialidades e dos projetos de vida das pessoas cuja sobrevivência digna depende do oferecimento no mercado de sua força de trabalho.

Justamente por isso, tal direito é explicitamente consagrado em diversos documentos internacionais referentes à proteção do ser humano, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 24⁷⁶, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 7º, alínea “d”⁷⁷, e do Protocolo de San Salvador, em seu art. 7º, alínea “g”⁷⁸. Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 7º, XIII, a regra geral da duração do trabalho em 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, fixando que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

Curiosamente, na atualidade, a disseminação de modelos não convencionais de contratos de emprego tem suscitado entre as autoridades que acompanham o desenvolvimento do mundo do trabalho preocupação com a adoção de práticas de jornada muito reduzida ou mesmo de ausência de prestação de serviços (e, por consequência, de percepção de salários) por longos períodos. Hoje, não somente a extensão máxima da carga horária exige especial atenção, mas também a garantia de um tempo mínimo de trabalho remunerado.

A Organização Internacional do Trabalho divulgou recentemente estudo que evidencia que a disseminação, em diversos países, de regimes aos moldes do contrato de trabalho intermitente tem provocado severos impactos sobre a saúde, o bem-estar, a estabilidade financeira e a cobertura previdenciária dos trabalhadores,

⁷⁶ Artigo 24. Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

⁷⁷ Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

⁷⁸ Artigo 7º. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos.

cenário constatado predominantemente em relação às funções correspondentes às faixas salariais mais modestas⁷⁹. Por todo o mundo, a adoção de contratos de trabalho sob demanda, de plantão, a chamado ou intermitentes gera a compressão da renda média exatamente daqueles que contam com menos recursos financeiros⁸⁰.

O contrato de trabalho intermitente carrega em si as contradições de criar um sujeito juridicamente vinculado a um empregador, mas faticamente desvinculado do cotidiano do negócio e de criar um modelo que estimula convocações pelo menor tempo possível e, ao mesmo tempo, leva o trabalhador a ativar-se em jornadas mais extensas, quando somados os períodos de trabalho para distintos empregadores.

Deveras, o intermitente sofre um desgaste biológico mais intenso, por precisar trabalhar, na prática, mais horas do que os empregados no contrato de trabalho tradicional para obtenção da mesma faixa salarial aproximada, em razão da identificação quase absoluta entre tempo de trabalho e tempo de serviço efetivo no contrato intermitente, com exclusão quase total de períodos em que o obreiro encontra-se à disposição do empregador apenas aguardando ordens.

Paralelamente, é gerada no trabalhador a constante expectativa do chamado, ansiosamente aguardado para possibilitar a obtenção de alguma remuneração. Daí ser possível afirmar que o contrato intermitente cria, na prática,

⁷⁹ *“On-call work, including zero-hours contracts, is often characterized by both variable and unpredictable schedules. Variable schedules have been associated with negative effects on health and well-being. The unpredictability of schedules may imply a lack of income security, given that pay is uncertain. This is all the more so given that workers in lower-level occupations (and therefore with lower hourly wages) are more likely to have to take on such work. The variability of their working hours from one week to another also makes social security coverage more difficult since applicable thresholds may not be met on a continuous basis”* (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects**. Genebra: OIT, 2016, p. 226/227).

⁸⁰ *“Em todos os sistemas estrangeiros, como já ressaltado, houve precarização do trabalho e aumento da miserabilidade, com redução drástica salarial e aumento grande dos lucros das empresas. Ou seja, embora já exista no direito comparado há alguns anos, tem se mostrado ineficaz como meio de solução dos conflitos sociais”* (BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “Ubertrabalho e Ultraflexiprecarização” in **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia**, n.º 25, OAB/SP, São Paulo, 2017, p. 38).

“um tempo de permanente disponibilidade”⁸¹ ou “um tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição”⁸².

Observe-se, entretanto, que, tendo o trabalhador aceitado o convite e iniciado a prestação de serviços, os períodos (curtos, por certo) nos quais o trabalhador encontra-se aguardando ordens ou a chegada de clientes para atendimento serão computados como tempo de trabalho, em conformidade com o art. 4º da CLT.

Em linha com as medidas propugnadas pela Organização Internacional do Trabalho, em nossa perspectiva, não é possível a pactuação da relação de emprego na modalidade intermitente nos termos de um contrato “zero-hora”, exigindo-se a fixação de uma carga horária mínima anual, que será executada em períodos descontínuos, na modalidade trabalho alternado, trabalho a chamada ou com a conjugação de ambas.

Assentada essa premissa, avançaremos à análise da compatibilidade ou não do trabalho intermitente com as exceções previstas no art. 62 celetista e, na sequência, abordaremos uma série de questões práticas relevantes acerca da duração do trabalho no contrato intermitente.

3 Compatibilidade com as exceções do art. 62 da CLT?

O adequado exame da possibilidade de enquadramento do trabalhador intermitente em um dos casos previstos no art. 62 celetista demanda breve digressão acerca dos fundamentos e da extensão das exceções nele previstas.

A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, no citado dispositivo, três hipóteses de empregados afastados da disciplina da duração do trabalho nela

⁸¹ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2019, p. 434.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017, p. 154.

prevista: **a)** os trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (inciso I); **b)** os ocupantes de cargos de gestão, como gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial (inciso II); **c)** a partir da vigência da Lei n.º 13.467/17, os empregados em regime de teletrabalho (inciso III).

O enquadramento na exceção contida no art. 62, I, da CLT pressupõe os seguintes fatores: a) inviabilidade fática de controle da jornada do trabalhador (e não a simples opção do empregador por não realizar o controle); b) anotação da condição de trabalhador externo na CTPS e na ficha de registro de empregado (formalidade para fins de prova, não como exigência de validade⁸³). Em outras palavras: só não deverão ser pagas as horas extraordinárias quando, estando registrada a condição de externo na CTPS e na FRE, a duração do trabalho desenvolvido fora do ambiente da empresa for *incontrolável*, pela impossibilidade de fiscalização, e não *incontrolada* porque assim houve melhor o empregador. Entendimento diverso importaria na conclusão de que estaria exclusivamente sob o poder de decisão do patrão se os empregados externos teriam ou não os direitos decorrentes das normas que disciplinam a duração do trabalho.

Por sua vez, o art. 62, II, celetista veicula hipótese de duvidosa constitucionalidade.

Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao fixar a duração normal do trabalho, não admitiu distinção de qualquer espécie, relacionada a qualquer cargo ou posição ocupada na estrutura empresarial.

Igualmente, a convencionalidade do dispositivo é questionável, tendo em vista a aparente incompatibilidade com os documentos de Direito Internacional mencionados supra (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional

⁸³ Em conformidade com o entendimento sedimentado no âmbito da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, explicitado na ementa a seguir transcrita: “Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a simples ausência de anotação da condição de trabalhador externo na carteira de trabalho e no registro de empregados não constitui, por si só, fator determinante da condenação do empregador ao pagamento de horas extras” (E-RR 8387800-32.2003.5.04.0900, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 07/11/2008).

de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador), os quais são dotados de *jus cogens*. Afinal, a limitação da duração do trabalho é, como já afirmado, um dos mais importantes direitos humanos de índole social.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho possui posicionamento pacífico quanto à constitucionalidade do mencionado artigo celetista, em quase três décadas de manifestação a respeito do dispositivo sob a égide da nova ordem constitucional, sob o argumento de que o trabalhador em função de confiança seria o responsável pela fixação da sua real jornada, com poder de decisão acerca da dimensão do período de prestação de serviços.

A caracterização da exceção prevista no art. 62, II, da CLT exige a coexistência de três requisitos básicos: a) atribuições de gestão; b) inexistência de controle de horário; e c) padrão de remuneração significativo, com gratificação de 40% superior ao cargo efetivo. Logo, ausente qualquer desses pressupostos, a cláusula de exclusão prevista no referido dispositivo não será aplicável.

A redação do *inciso III do art. 62 da CLT* parece sugerir que o simples fato da adoção do teletrabalho seria suficiente para o afastamento dos direitos concernentes à duração do trabalho, nela não estando contemplada a ressalva contida no inciso I do mesmo artigo (*“incompatível com a fixação de horário de trabalho”*).

Não parece ser a melhor interpretação.

De fato, como visto, a regra geral no direito brasileiro é a limitação da duração do trabalho, por força da Constituição Federal e dos aludidos tratados de Direitos Humanos. Os casos de exclusão do regime de duração do labor são excepcionalíssimos e devem possuir um fundamento racionalmente justificável (quanto ao externo, a impossibilidade de acompanhamento e controle da jornada; quanto ao ocupante de cargo de gestão, a fixação por ele próprio dos seus horários, não estando subordinado a fiscalização no tocante ao tema).

A mesma lógica deve ser aplicada em relação ao novo inciso do art. 62 da CLT.

O teletrabalho não deve ser compreendido como uma cláusula absoluta de exclusão do âmbito de incidência da disciplina da duração do trabalho, sob pena de violação à Constituição Federal e aos diplomas internacionais de Direitos Humanos anteriormente referidos.

O simples fato do exercício de tarefas fora do estabelecimento do empregador não conduz automaticamente à conclusão quanto à inviabilidade de fiscalização do tempo de trabalho, como há anos explicita o art. 6º da CLT.

Em verdade, é de conhecimento geral a existência de inúmeros programas e aplicativos concebidos precisamente para o controle da duração do labor do empregado no regime de teletrabalho, mediante, por exemplo, a programação do tempo médio para o cumprimento de cada tarefa ou projeto, com a criação de rotinas de trabalho, o acompanhamento dos períodos de *login* e *logout*, o envio de relatórios das atividades desempenhadas, o encaminhamento de mensagens *online* para acompanhamento das tarefas e fornecimento de *feedback*, a identificação instantânea da visualização de mensagens, o monitoramento em tempo real do trabalho que está sendo executado pelo obreiro, até mesmo com visualização da imagem em seu monitor e do conteúdo do texto digitado pelo empregado.

Nessa ordem de ideias, se for possível, no plano fático, o controle da jornada do empregado em teletrabalho (observe-se, aqui, que a dinâmica do contexto de labor deste sujeito é muito mais próxima da realidade do externo do que do exercente de cargo de gestão), será ele alcançado pela disciplina celetista da duração do trabalho.

Assentadas tais premissas, parece-nos inevitável a conclusão de que o contrato de trabalho intermitente é incompatível com a exclusão do regime de duração do labor previsto no art. 62 da CLT.

Trata-se, com efeito, de hipóteses inconciliáveis. Toda a estrutura que configura o trabalho intermitente gravita em torno da fixação de um número determinado de horas de trabalho: os termos do convite, a aceitação, a definição do salário a ser pago.

É dizer: o controle efetivo de jornada é indispensável no contrato de trabalho intermitente, o que inviabiliza qualquer pretensão de sua exclusão da incidência das regras sobre duração do trabalho previstas na CLT.

Isso não significa que o trabalhador intermitente não possa ser contratado para exercer atividades externamente, em função de confiança (embora seja improvável, neste caso) ou em teletrabalho. Significa apenas que, como qualquer outro empregado que labore em tais condições e esteja submetido a efetivo controle de jornada, também o intermitente não será excluído das regras celetistas sobre duração do trabalho.

A incompatibilidade, como se nota, manifesta-se em relação ao efeito jurídico previsto no art. 62 da CLT, não ao exercício de funções em ambiente externo, em posição de confiança ou em teletrabalho.

4 Horas extraordinárias, intervalos, trabalho noturno, domingos, feriados e sobreaviso

Como visto, não alcançado pelas exceções previstas no art. 62 celetista, o trabalhador intermitente é beneficiário do regramento relativo à duração do trabalho.

Todavia, as peculiaridades da dinâmica dessa espécie de contrato produz consequências específicas que merecem atenção.

A primeira questão está relacionada às *horas extraordinárias*.

Acaso o empregador convide o trabalhador para ativar-se durante dez horas em determinado dia, sem prestação de serviços nos demais dias da semana,

poderá sustentar não ser devedor de horas extras, sob o argumento de que o módulo constitucional semanal de 44 horas não foi ultrapassado?

A linha argumentativa parece-nos fadada ao fracasso.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, com o fito de resguardar a saúde e a segurança do trabalhador, dois limites à duração do labor: 8 horas diárias e 44 horas semanais (art. 7º, inciso XIII).

Sustentar, na hipótese apresentada, que o empregado não teria direito à percepção de horas extraordinárias por não haver ultrapassado o limite semanal significaria admitir, por exemplo, a possibilidade de convite para a prestação de serviços durante 30 horas seguidas, que igualmente não geraria o pagamento de qualquer hora extraordinária, o que é evidentemente teratológico.

Assim, qualquer convocação formulada para a prestação de serviços por duração superior a 8 horas redundará no pagamento de horas extraordinárias após a oitava.

Noutro giro, se o convite for efetuado para o labor de segunda-feira a sábado, com duração diária de 07 horas e 30 minutos, ao final da semana o empregado intermitente terá direito ao pagamento de uma hora extraordinária, não pela superação do limite diário de 8 horas (que, no caso, não ocorreu), mas por haver ultrapassado o limite semanal de 44 horas (07 horas e 30 minutos x 6 = 45 horas).

Aqui, dois aspectos exigem destaque.

Os comentários até aqui desenvolvidos consideram a regra geral de duração do trabalho prevista na Constituição Federal. Se, entretanto, estivermos diante de trabalhador enquadrado em profissão regulamentada que fixe limites inferiores aos módulos constitucionais, prevalecerá a norma mais favorável ao empregado, que terá a quantificação de horas extraordinárias orientada pelos parâmetros da lei especial.

Deve-se atentar, ainda, aos termos do convite. Ao formulá-lo, o empregador vincula-se à jornada nele indicada, de modo que, havendo necessidade

de prosseguimento da prestação de serviços após o encerramento do período combinado, o tempo de labor excedente será considerado como hora extraordinária. Exemplificativamente, imagine o amigo leitor que o convite aceito pelo trabalhador foi para ativar-se durante quatro horas em determinado dia, mas o empregador, por qualquer circunstância, necessita que o obreiro continue em suas atividades por mais três horas. Neste cenário, o trabalhador terá direito ao recebimento de três horas extraordinárias, observado o adicional de pelo menos 50%.

Obviamente, em casos como o mencionado, eventual alegação de que essas três horas correspondem, na verdade, a um novo convite formulado e aceito imediatamente após a cessação do período inicialmente combinado, com a dispensa de prazo de antecedência autorizada pelo art. 2º, § 4º⁸⁴, da Portaria n.º 349/18, será imediatamente rechaçada pelo Poder Judiciário, com arrimo no art. 9º da CLT.

Sublinhe-se, a título de informação, que o PLS n.º 4.985/19 propugna pela configuração de horas extraordinárias na hipótese narrada, propondo a inclusão de um § 11 no art. 452-A celetista, com a seguinte redação: *“O período adicional em horário subsequente ao da convocação dependerá da concordância do empregado e será considerado hora extraordinária”*.

Assim, considerando como referência a convocação para trabalho em uma diária (que tende a ser predominante no contrato intermitente), *serão computadas como horas extraordinárias as excedentes da oitava, exceto a)* no caso de profissão regulamentada, com limite de duração diária do trabalho inferior ao módulo constitucional, prevalecendo a norma mais benéfica ou *b)* na hipótese de o convite delimitar a duração diária do labor a extensão inferior a oito horas, situação em que todo o tempo que ultrapassar o período combinado será considerado como hora extraordinária.

⁸⁴ Art. 2º, § 4º Constatada a prestação dos serviços pelo empregado, estarão satisfeitos os prazos previstos nos §§ 1º e 2º do Art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de o trabalhador ser convidado para prestar serviços em *dois turnos no mesmo dia*, sendo que o total de horas efetivamente trabalhadas é inferior a oito, mas o somatório da duração dos turnos de trabalho e do tempo entre eles é superior a oito horas diárias. Exemplificativamente, imagine-se uma empresa de *fast food* que deseja contar com determinado empregado nos horários de maior movimentação, das 10h00min às 14h00min e das 17h00min às 22h00min. Na situação proposta, deverá haver o pagamento somente de oito horas de trabalho ou teria o funcionário direito à percepção de horas extraordinárias pelo cômputo do tempo total entre as 10h00min e as 22h00min?

O primeiro ponto que deve ficar claro é que não é possível compreender, em qualquer hipótese, cada turno no mesmo dia como uma “nova jornada”, desconsiderando as horas trabalhadas no turno anterior para fins de apuração da existência ou não de horas extraordinárias. Afinal, o parâmetro utilizado pela Constituição Federal é a duração do trabalho no dia em favor do mesmo empregador. Assim, no exemplo, independentemente da discussão a respeito do intervalo temporal entre turnos, inequivocamente o trabalhador já teria direito a receber pelo menos uma hora extraordinária, visto que o somatório dos períodos de trabalho das 10h00min às 14h00min e das 17h00min às 22h00min resulta em nove horas diárias de labor.

Avançando propriamente à questão formulada, há de ser adotada a segunda solução, de acordo com a qual o obreiro tem direito à percepção de horas extraordinárias pelo cômputo do tempo total entre as 10h00min e as 22h00min, acompanhando-se a mesma lógica que ensejou a edição da Súmula n.º 118⁸⁵ do TST.

Concretamente, o trabalhador não conseguirá fruir de maneira livre do período entre os turnos, já que seu deslocamento, especialmente em grandes

⁸⁵ 118. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. Os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.

idades, inviabilizaria o retorno com pontualidade para o segundo turno, tendo que permanecer nos arredores do estabelecimento do empregador, o qual, ao formular convites nos termos citados, busca, em verdade, manipular artificialmente as regras de duração do trabalho e contar com empregados à sua disposição sem necessitar remunerá-los nas horas de menor movimentação.

Nessa ordem de ideias, a previsão contida no art. 443, § 3º, da CLT de que o contrato de trabalho intermitente é caracterizado pela “*alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses*” não pode ser interpretada como uma autorização a convites para o cumprimento de turnos no mesmo dia com distância temporal entre eles não contabilizada na jornada, mas apenas como aquilo que efetivamente é: uma explicitação do legislador quanto à dinâmica do contrato de trabalho intermitente, que permite chamados para a prestação de somente algumas horas de trabalho em certo dia, seguidas de um período de inatividade.

Raciocínio em sentido distinto franquearia, por exemplo, a formulação de oito convites para a prestação de serviços durante uma hora em cada um com distância temporal também de uma hora entre eles (v.g.: labor das 08h00min às 09h00min, das 10h00min às 11h00min, das 12h00min às 13h00min, das 14h00min às 15h00min, das 16h00min às 17h00min, das 18h00min às 19h00min, das 20h00min às 21h00min e das 22h00min às 23hmin) sem o pagamento de horas extraordinárias, já que não ultrapassadas oito horas de efetivo trabalho, a despeito de o empregado haver permanecido à disposição da empresa durante 15 horas. É claro que o exemplo é caricatural (embora não impossível, visto que a criatividade humana é ilimitada, como se constata nas salas de audiência), mas serve ao propósito de demonstrar que a ideia de desconsideração na jornada do tempo entre turnos de trabalho no mesmo dia é insustentável.

Na mesma linha de intelecção aqui sustentada é a proposta contida no PLS n.º 4.985/19, que, além de outras medidas, objetiva acrescentar ao art. 452-A da

CLT um § 10, com a seguinte redação: “*O contrato de trabalho preverá os períodos do dia em que o trabalhador poderá ser convocado, vedada a convocação para mais de um período do mesmo dia que resulte na disponibilização não remunerada do trabalhador durante os intervalos entre tais períodos*”.

Em nossa perspectiva, em apenas uma hipótese a orientação aqui traçada poderia ser ressalvada: acaso demonstrado que o empregado conseguia desenvolver outras atividades pessoais, a exemplo do comparecimento a aulas de um curso, ou profissionais no período entre turnos.

O trabalhador contratado sob regime intermitente também tem direito à observância dos *intervalos*, de acordo com os parâmetros legais.

Tratando-se de empregado em *meio urbano*, se convidado para jornada com duração superior a seis horas, terá direito a intervalo intrajornada com extensão entre uma e duas horas (CLT, art. 71, *caput*). As possibilidades de ampliação ou redução do intervalo previstas na CLT são aplicáveis aos trabalhadores intermitentes da mesma forma que aos empregados em geral.

Acaso o convite refira-se a trabalho com duração superior a quatro horas, mas limitada a seis horas, seu intervalo deverá ser de 15 minutos (CLT, art. 71, § 1º). Se o período de trabalho não ultrapassar quatro horas, não terá direito ao gozo de intervalo.

No *meio rural*, o obreiro terá direito ao intervalo intrajornada se a prestação de serviços tiver duração superior a seis horas, observados os usos e costumes da região (Lei n.º 5.889/73, art. 5º).

Eventual ideia de formular dois convites para a prestação de serviços em horários subsequentes (por exemplo, das 09h00min às 12h30min e das 12h30min às 16h00min) com o propósito de evitar a concessão do intervalo intrajornada encontrará o óbice intransponível do art. 9º da CLT. Em casos assim, o descumprimento da obrigação de conceder o intervalo pode ensejar o ajuizamento de ação trabalhista com a postulação do correspondente pagamento.

Os intervalos intrajornada especiais ou pausas técnicas, previstos na legislação ou em Norma Regulamentadora com o escopo de preservar a segurança e a saúde no ambiente de trabalho, também beneficiam os empregados intermitentes, a exemplo dos intervalos dedicados a trabalhadores em minas de subsolo (CLT, art. 298) ou em frigoríficos (CLT, art. 253; NR n.º 36).

Se convidado para trabalhar em dias consecutivos, o intermitente também tem direito à observância do intervalo interjornadas de pelo menos onze horas consecutivas, seja no meio urbano (CLT, art. 66), seja no meio rural (Lei n.º 5.889/73, art. 5º).

A realização de trabalho noturno⁸⁶ assegurará ao trabalhador a percepção do respectivo adicional (CF/88, art. 7º, IX). Se a jornada for cumprida integralmente em período noturno e vier a ser prorrogada, o adicional também será devido em relação às horas em prorrogação, nos termos da Súmula n.º 60, II⁸⁷, do TST.

Em ambiente urbano, o trabalhador contará ainda com a *redução ficta da hora noturna* para 52min30seg, para o que deve atentar o empregador no momento de realização do convite. O descuido em sua formulação, pelo esquecimento da redução da hora noturna, poderá vir a ensejar o pagamento de horas extraordinárias, já que, do ponto de vista jurídico, a hora de trabalho terá duração inferior à cronológica.

Em relação aos *domingos*, será indispensável analisar a duração da prestação dos serviços proposta no convite.

Se o trabalhador for convidado para ativar-se apenas em um dia de domingo ou em alguns dias da semana, sendo um deles o domingo, não há cogitar-

⁸⁶ Em meio urbano, entre 22h00min de um dia e 05h00min do dia seguinte. Em meio rural, na lavoura, das 21h00min de um dia às 05h00min do dia subsequente; na pecuária, das 20h00min de um dia às 04h00min do dia seguinte.

⁸⁷ 60, II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.

se de pagamento em dobro pelo labor em tal — menos ainda de concessão de folga compensatória, pela própria dinâmica do contrato intermitente.

Importante rememorar que o empregado receberá, ao final de cada prestação de serviços, o valor equivalente ao repouso semanal remunerado (1/6 do valor do salário), consoante previsto no art. 452-A, § 6º, da CLT.

Se o convite referir-se a trabalho realizado em sete dias seguidos, o obreiro terá direito ao pagamento em dobro pela supressão do repouso semanal constitucionalmente assegurado (art. 7º, XV), incidindo sobre o caso a *ratio* que inspirou a edição da Orientação Jurisprudencial n.º 410⁸⁸ da SDI-I do TST. Obviamente, tendo a prestação de serviços sido pactuada apenas com a duração de sete dias seguidos, será inviável a concessão de folga compensatória, dada a peculiaridade da execução do contrato de trabalho intermitente.

Somente se o convite aludir a período superior a uma semana (duração de um mês, exemplificativamente) é que haverá espaço para a possibilidade de concessão de folga compensatória, desde que o seja dentro do período avençado para a prestação de serviços, é claro. Não assegurada a folga, será inevitável o pagamento em dobro pela supressão do repouso semanal.

A mesma lógica acima descrita deve ser adotada em relação aos *feriados* (Súmula n.º 146⁸⁹ do TST).

No tocante ao *sobreaviso* (CLT, art. 244; TST, Súmula n.º 428), entendemos que o instituto é, *a priori*, incompatível com o contrato de trabalho intermitente.

No ordenamento pátrio, o legislador fez uma opção inequívoca em relação ao caráter não obrigatório da resposta, de modo que a recusa ao convite não

⁸⁸ 410. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CONCESSÃO APÓS O SÉTIMO DIA CONSECUTIVO DE TRABALHO. ART. 7º, XV, DA CF. VIOLAÇÃO. Viola o art. 7º, XV, da CF a concessão de repouso semanal remunerado após o sétimo dia consecutivo de trabalho, importando no seu pagamento em dobro.

⁸⁹ 146. TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS, NÃO COMPENSADO. O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

descaracterizará a subordinação jurídica. A negativa do trabalhador sequer necessita ser fundamentada.

Em outros sistemas jurídicos, há modelos de trabalho intermitente com aceitação obrigatória como regra (a exemplo da Alemanha, onde é obrigatório o atendimento da convocação, se formulada com antecedência mínima de quatro dias), bem como modelos nos quais cabe às partes a definição quanto à obrigatoriedade de atendimento do chamado (como no sistema italiano, em que o contrato de trabalho intermitente pode ser celebrado com garantia de disponibilidade ou sem garantia de disponibilidade).

No trabalho intermitente a chamada⁹⁰ no Brasil, sempre será possível a recusa por parte do trabalhador, o que colide com a essência da figura do sobreaviso.

Por isso, se, no contrato individual, houver a pactuação de que o empregado intermitente é obrigado a atender os convites feitos por seu patrão, a consequência não será o reconhecimento da existência de períodos de sobreaviso, mas de descaracterização do contrato intermitente⁹¹, configurando-se um vínculo empregatício convencional, com a condenação do empregador ao pagamento da totalidade do salário mensal, adotando como parâmetro de carga horária os módulos constitucionais diário e semanal. É dizer: entender-se-á que o trabalhador estava à disposição do seu empregador para o cumprimento de ordens (CLT, art. 4º) por 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Idêntica solução deve ser adotada se o trabalhador conseguir comprovar, em sede de ação judicial, que, a despeito de não haver tal previsão formal no contrato, o empregador, na prática, exigia que os chamados fossem atendidos, seja por ordem expressa, seja por ameaças ou pela adoção de medidas que se revelem de

⁹⁰ Entendemos ser plenamente possível a pactuação do trabalho intermitente também na modalidade de trabalho alternado.

⁹¹ Nessa linha de inteligência, vide o art. 4º, § 2º da Portaria n.º 349/18: Art. 4º, § 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

jaez disciplinar, como a prática automática de deixar de realizar novos convites para aqueles que o tiverem recusado uma única vez.

Dissemos acima que o instituto do sobreaviso é incompatível com o contrato intermitente apenas *a priori*, em razão da possibilidade de criação de figura assemelhada por meio de diploma coletivo, com base no art. 7º, XXVI, da CF/88 e no art. 611-A, VIII, da CLT. Em verdade, a medida criaria algo próximo do modelo de contrato intermitente com garantia de disponibilidade existente na ordem jurídica italiana, com a previsão de pagamento de uma compensação financeira nos períodos de inatividade e de obrigatoriedade de atendimento dos chamados.

Encerrando o tema da jornada, consideramos relevante salientar que o empregador deverá manter-se atento aos impactos da contratação de trabalhadores intermitentes em relação às obrigações legais calculadas com base no número de empregados da empresa ou do estabelecimento. A lotação de um número expressivo de intermitentes em determinada unidade poderá ensejar a obrigatoriedade de adoção de registro manual, mecânico ou eletrônico dos horários de trabalho, por importar na superação do limite de vinte trabalhadores no estabelecimento, prevista no art. 74, § 2º, da CLT, já que não são considerados apenas os empregados com vínculos convencionais.

Em verdade, os intermitentes estarão incluídos na base de cálculo relativa a todas as obrigações legais que considerem o quantitativo de empregados, a exemplo da definição do quantitativo de membros da CIPA (NR n.º 05) e do número de contratações destinadas ao preenchimento das cotas previstas no art. 429 da CLT e no art. 93 da Lei n.º 8.213/91.

Considerações finais

O contrato de trabalho intermitente é uma modalidade contratual intrincada, complexa não apenas pelos desafios teóricos que impõe a conceitos

construídos ao longo de décadas no Direito do Trabalho, mas também por uma multiplicidade de questões e implicações práticas não solucionadas pela legislação.

Sua adoção exigirá a elaboração de novas reflexões no âmbito dos estudos acerca da duração do trabalho, dadas as peculiaridades da nova modalidade contratual, caracterizada pela alternância entre períodos de atividade e inatividade.

Compete, agora, à doutrina e à jurisprudência o oferecimento dos seus melhores esforços para a construção de soluções seguras para os atores do mundo do trabalho.

Referências

BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “Ubertrabalho e Ultraflexiprecarização” in **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia**, n.º 25, OAB/SP, São Paulo, 2017.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects**. Genebra: OIT, 2016.