

COORDENADORES
Luiz Eduardo Gunther
Hélio Gomes Coelho Júnior

NOVAS MATRIZES DO DIREITO DO TRABALHO

Colaboração
Andréa Duarte Silva
Elisandra Cristina Guevara Millarch





EDITORA LTDA.
© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Novembro, 2019

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC
Projeto de Capa: DANILO REBELLO
Impressão: PSP DIGITAL

Versão impressa: LTr 6260.4 — ISBN: 978-85-301-0113-8

Versão digital: LTr 9662.9 — ISBN: 978-85-301-0143-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Novas Matrizes do direito do trabalho / coordenadores Luiz Eduardo Gunther, Hélio Gomes Coelho Júnior. Colaboração: Andréa Duarte Silva, Elisandra Cristina Guevara Millarch. – São Paulo : LTr, 2019.

Vários autores.

Bibliografia

ISBN 978-85-301-0113-8

1. Contrato de trabalho 2. Direito do trabalho 3. Direito do trabalho – Brasil 4. Justiça do trabalho 5. Reforma constitucional I. Gunther, Luiz Eduardo. II. Coelho Júnior, Hélio Gomes. III. Silva, Andréa Duarte. IV. Millarch, Elisandra Cristina Guevara.

19-30701

CDU-34:331

Índice para catálogo sistemático:

I. Direito do trabalho 34:331

Cibele Maria Dias – Bibliotecária – CRB-8/9427

e avaliar o desempenho do trabalhador; período, modalidade e forma do pagamento; se há ou não indenização de disponibilidade.

Sendo essas as principais características do contrato intermitente ou a chamado italiano, aponta-se que esse modelo foi a grande inspiração para o regramento brasileiro.⁽²²⁾

3. TRABALHO INTERMITENTE BRASILEIRO

Diferente dos modelos europeus apresentados, o trabalho intermitente é uma figura nova para o direito do trabalho pátrio. Assemelha-se em seu regramento ao trabalhador avulso que se ativa sob escalação, porém difere dele porque engloba um período de aceite – três dias – e, caso o aceite seja descumprido pelo empregado injustificadamente, haverá uma multa a ser paga no prazo de 30 dias no importe de 50% sobre o valor que receberia naquele dia de trabalho, caso tivesse comparecido à empresa.

O não aceite não importa ausência de subordinação, porque a ideia é manter o vínculo com o empregado. O trabalho em outras empresas com contratos intermitentes ou indeterminados também não descaracteriza a condição de empregado. É o que se extrai do art. 452-A da CLT:

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.

A semelhança com o trabalho avulso se faz devido à escalação e ao cálculo do pagamento em horas do salário, porém, no caso do avulso, não há contrato de emprego como no trabalho intermitente e nem mesmo a multa contratual.

O interessante dessa lei é a previsão necessária de um contrato escrito entre as partes e a dação ao empregado de direitos inerentes a um contrato de trabalho a prazo indeterminado (férias com 1/3, 13º salário, adicionais e repouso semanal remunerado), sendo a distinção realizada na quantidade de dias em que o trabalhador se ativa na empresa, além da ausência de previsão legal de pagamento de horas extras. Observa-se que o art. 443 da CLT foi alterado para acrescentar o trabalho intermitente no seu § 3º, como nova modalidade de prestação de serviços.

Observa-se que o vínculo empregatício indeterminado para o trabalho intermitente aparenta uma contradição linguística, pois o conceito de empregado conjugado dos arts. 2º e 3º da CLT importa na habitualidade do trabalho, sempre analisada sob o viés da continuidade, prevalecendo na jurisprudência pátria, com raras exceções, a ideia de que o trabalho duas vezes na semana, por exemplo, não implica vínculo de emprego, salvo se realizado por anos ininterruptos.⁽²³⁾

Sob essa perspectiva evolucionista da jurisprudência pátria, o trabalho intermitente é uma subespécie de contrato de trabalho a prazo indeterminado (art. 451 da CLT). À semelhança da legislação estrangeira, em especial os estudos espanhóis, separa-se o trabalho intermitente do trabalho eventual a partir da extraordinariedade (necessidade produtiva circunstancial ou pontual) do evento empresarial a que esse contrato submete-se. Se o evento é repetido

(22) NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. Contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas, n. 51, p. 127-148, 2017, p. 140-145.

(23) Por todos. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Diarista que trabalhou por 12 anos na mesma casa tem vínculo de emprego reconhecido. *Notícias*. Processo: RR-502-08.2012.5.01.0246. 06/04/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/diarista-que-trabalhou-por-12-anos-na-mesma-casa-tem-vinculo-de-emprego-reconhecido>. Acesso: set. 2015.

e previsível, o contrato de trabalho existente tem vínculo empregatício, embora do tipo intermitente. E mesmo que o contrato seja verbal, embora a lei não o reconheça dessa forma, se presentes as características da periodicidade do evento a que é convocado o trabalhador, têm-se a configuração do vínculo de emprego intermitente – princípio da primazia da realidade (art. 9º da CLT).

Ultrapassado o conflito do vínculo de emprego, e adentrando no mérito das cláusulas contratuais, a normativa que estipula uma multa ao trabalhador em razão de sua ausência injustificada deve ser interpretada sob o véis da alteridade contratual – o risco da atividade econômica é de responsabilidade do empregador (art. 2º da CLT). O direito civil deve ser aplicado subsidiariamente (art. 8º da CLT), para resolver os problemas advindos da ausência de sinalagma para a recusa do empregador em aceitar o empregado.

Toda prestação contratual pelo princípio do sinalagma deve conter outra correspondente e equivalente, sob pena de gerar um desequilíbrio contratual. Assim, se o empregado aceita a proposta de trabalho e falta injustificadamente, pode o empregador lhe cobrar uma multa de 50%, mas não há obrigação correspondente para o empregador que ofereça o emprego e após o aceite do empregado o retirar.

Nesses casos, a razoabilidade impõe-se aos julgadores. O princípio da boa-fé contratual foi expressamente previsto no art. 421 do Código Civil – teoria geral dos contratos – e, portanto, deve-se aplicar ao caso concreto em cotejo com o art. 478 do Diploma Civil para os casos em que o empregador retira o trabalho após o aceite:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O devedor, nesse caso, é o empregado. A disciplina contratual nos apresenta tanto no diploma civil como no do consumidor (art. 6º, inciso V, da Lei n. 8.078/1990), a necessidade de coibir-se e evitar as clamadas cláusulas de oneração excessiva de uma parte em detrimento da outra, mormente nos contratos de adesão, sendo o contrato de emprego um deles.

Conforme o art. 479 do Código Civil, evita-se a resolução – e, nesse caso, há uma modalidade de justa causa do empregador – oferecendo-se ao réu, no caso empregador Reclamado, modificar equitativamente as condições do contrato. Podendo-se optar pela exclusão da multa ou alteração equitativa de obrigações, ou seja, inserção de multa equivalente ao empregador ofertante do trabalho, a fim de evitar a onerosidade excessiva (art. 480 do CC).

Além disso, as regras sobre proposta e aceite também podem ser interpretadas à luz da teoria geral dos contratos, pois o texto celetista é omissivo, salvo quanto à multa

aplicada ao empregado. A respeito do tema temos as seguintes regras do Direito Civil:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

(...)

Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.

Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I – no caso do artigo antecedente;

II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III – se ela não chegar ao prazo convencionado.

Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.

A doutrina civilista é ampla quanto aos debates acerca do aceite, retirada de proposta e indenização por perdas e danos quando a resposta chega tarde ao proponente – empregador – vinda do trabalhador – aceitante.

No caso do contrato de emprego intermitente, o empregador – proponente – é obrigado a avisar imediatamente ao empregado que a sua aceitação chegou tardiamente, sob pena de responder ao empregado por perdas e danos, considerando a disposição expressa da lei sobre a permissão da pluralidade contratual. O empregado pode ter deixado de aceitar outra proposta, ainda que menos vantajosa, para realizar o trabalho cuja aceitação chegou tardiamente.

O Brasil volta dois séculos para integrar o seu Direito do Trabalho ao Direito Civil, com a vantagem de o novo Código Civil privilegiar a função social dos contratos e da propriedade – construção legislativa que tem origem brasileira

Estabeleceu-se, por norma objetiva e específica que a negociação coletiva e seus instrumentos normativos não possuem validade sobre a redução/eliminação de direitos que versem sobre regras de higiene, medicina e segurança no trabalho (art. 7º, XXII/CR) e sobre o rol de direitos que constituem o patamar mínimo civilizatório dos direitos sociais fixados no art. 7º/CR e explicitamente fixados no art. 611-B/CLT, constituindo, assim, objeto ilícito e descumprimento de forma solene em eventual negociação coletiva (art. 104, II e III/CC), e, como tal, sujeita à declaração de nulidade (art. 9º/CLT) no exame de legalidade pelo Poder Judiciário do Trabalho, como expressamente consignado no art. 8º, § 3º/CLT (com redação dada pela Lei n. 13.467/2017).

Mas, antes de se aprofundar na perspectiva sobre a da maior responsabilidade jurídica social que a Lei n. 13.467/2017 impõe às entidades sindicais e empresas, tanto na negociação coletiva (causa) quanto na edição de suas normas coletivas (consequência), e ao Poder Judiciário nos limites para atuação jurisdicional no exame daquelas (controle de legalidade), impõe-se uma retrospectiva sobre as normas constitucionais que informam o sistema do Direito Coletivo e Sindical brasileiro.

3. O SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À VIDA, ORGANIZAÇÃO, REGÊNCIA, DELIBERAÇÃO E AUTOTUTELA SINDICAIS

Não se deve desconhecer que a negociação coletiva, hoje alçada à norma constitucional (art. 7º, XXVI/CR), é efeito e consequência justamente da autonomia privada coletiva concedida aos grupos da sociedade civil de autorregrem, autorregulamentarem seus interesses próprios, gerais e abstratos.

A autonomia privada coletiva não se confunde com a negociação coletiva de trabalho. Esta é efeito decorrencial daquela e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados auto-regularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, *a par* ou *apesar* do regramento estatal – desde que não afronte norma típica de *ordem pública*. Ou, como bem diz *Gian Carlo Perone*, é o “poder de negociar a regulamentação desses interesses (coletivos), ficando todavia, entendido que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, de capacidade de estabelecer livremente a posição dos próprios interesses considerada objetivamente mais conveniente, independentemente da necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado” (In *Ação Sindical nos Estados Membros da União Européia*, Ed. LTr, 1999, p. 22). (...)

A Constituição Federal de 1988 é expressa ao arrolar, entre os direitos sociais que assegura, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI), aí conferindo não apenas validade aos instrumentos negociais nominados – visão apenada desse direito social. A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, o reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas e, pois, aos grupos por ela organizados de autoconduzirem-se, de co-decidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal⁽⁴⁾.

Ao que se extrai dos fundamentos (*ratio decidendi*) das duas decisões representativas de controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, para validar as normas coletivas que fixaram renúncia de direitos (geral, no caso de adesão ao PDV, RE 590.415/SC, e específica, no caso das horas itinerantes, RE 895.759/PE) a análise integral das normas coletivas (Convenção e/ou Acordo Coletivos de Trabalho), ou seja, aplicou-se a teoria do conglobamento (e não acumulação e/ou conglobamento parcial/orgânico/por institutos) nos instrumentos normativos, para se concluir que houve efetiva transação, mediante concessões recíprocas (arts. 840 e 841/CC), e não renúncia unilateral, diante da afirmação da existência da concessão de inúmeros outros direitos/benefícios instituídos a favor da categoria profissional.

Ou seja, pode-se interpretar que para o Supremo Tribunal Federal, a coexistência de outros direitos, benefícios e vantagens econômicas/sociais inseridos nos instrumentos coletivos em benefício da categoria profissional justificaram as concessões recíprocas para validar a renúncia de outros direitos nos mesmos instrumentos em benefício da categoria econômica.

E, por se tratarem de normas autônomas criadas diretamente pelos seus destinatários (enquanto produto/consequência) do exercício de suas liberdades sindical, coletiva e individual (arts. 8º, I/CR), elas atendem a três princípios fundamentais do próprio Direito do Trabalho, quais sejam, (A) o princípio da especificidade/especialidade na representatividade das categorias (art. 570/CLT), (B) o princípio da primazia da realidade que é essência do Direito do Trabalho (art. 8º/CLT), e (C) o princípio da autonomia privada coletiva (arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR), que são justamente as garantias constitucionais que as categorias detêm para se autorregem, autorregulamentar e autorreivindicar as necessidades e condições econômicas e sociais de suas relações coletivas e individuais.

(4) In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II, p. 1.189-1.191.