



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

# **O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**

Débora da Silva de Oliveira

Brasília

2019

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

Débora da Silva de Oliveira

## **O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção  
do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito  
da Universidade de Brasília – UnB

Professor Orientador: Paulo Henrique Blair de Oliveira

Brasília

2019

Débora da Silva de Oliveira

## **O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

---

**Paulo Henrique Blair de Oliveira**  
**Professor Doutor e Orientador**

---

**Érica Fernandes Teixeira Brasil Paez**  
**Professora Doutora e Examinadora**

---

**Lucas Sena Silva**  
**Mestrando e Examinador**

Brasília  
2019

**Aos meus pais**

## **AGRADECIMENTOS**

Os incontáveis desafios enfrentados durante o curso de graduação pareceram bem pequenos diante da elaboração do trabalho de conclusão. Em meio a emoção e o alívio desse momento, ao tentar escrever os agradecimentos muitos nomes vêm à mente de forma desordenada e fico receosa de cometer alguma injustiça com quem esteve na base da rede de apoio que se formou para que eu pudesse percorrer esta etapa. Mas, a vida é feita de encontros e eu não poderia deixar de agradecer expressamente alguns deles. Em primeiro lugar, sou grata a Deus, a quem deposito minha confiança e busco refúgio sob as decisões que devo tomar. Me faltam palavras para agradecer o suficiente aos meus pais, Regina Selma da Silva de Oliveira e Edivaldo Rodrigues de Oliveira, que exercem papel fundamental desde o início dessa jornada tornando-a também deles, ao mesmo tempo que com muita paciência e equilíbrio me ensinam todos os dias a ser perseverante nos meus (nossos) objetivos, empática e consciente de que o acesso à universidade me proporcionou um poder de transformação da realidade em que vivemos. Agradeço a minha irmã, Isabela de Oliveira, pelo companheirismo, carinho e tolerância até nos meus momentos mais rabugentos. Entre muitos primos e tios que também garantem apoio cito e agradeço nominalmente a Cláudio e Meire, meus segundos pais, pela amizade, conforto e risadas nas reuniões familiares. Elenir e Biângulo, certamente um dos encontros mais especiais que tive nessa vida, compartilhei do sonho com a universidade, as vitórias, as angústias e os pensamentos mais furtivos das nossas trajetórias. Alan, Jade, Matheus e Lívia, primeiro encontro dos corredores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pessoas que admiro, me inspiram e me transformaram ao longo dessa vida acadêmica. Aos amigos do Programa de Educação Tutorial de Direito (PET/DIR) e a professora Érica Fernandes, umas das minhas despedidas mais difíceis nesta universidade, agradeço imensamente por proporcionarem atividades que, dentro tripé universitário, me mostraram a importância da democratização do acesso à universidade e do conhecimento que nela é produzido. Aos companheiros e companheiras da “vanderson”, pela leveza de todos os nossos encontros e experiências da periferia à universidade. Ao professor Paulo Blair, pela orientação e disponibilidade durante a realização do trabalho.

“Conseguiram provar também que as reivindicações eram descabidas porque jamais a companhia bananeira havia tido empregados a seus serviços, contratava apenas mão de obra esporadicamente. Enfim, conseguiram que os tribunais sentenciassem e proclamassem em decretos solenes a inexistência dos trabalhadores.”

*Gabriel Garcia Marques, em “Cem Anos de Solidão”*

## RESUMO

A Reforma Trabalhista inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o contrato de trabalho intermitente e cria uma espécie intermediária de trabalhador entre os conceitos de subordinado, na forma tradicional do contrato de emprego, e o trabalhador autônomo. A justificativa movimenta-se tanto no campo da flexibilização de normas trabalhistas apoiada na necessidade de alterar as relações de trabalho frente a dinâmica social tanto para fins de satisfação de interesses econômicos como na superação do trabalho informal. A presente pesquisa parte dessa afirmação para chegar à conclusão contrária. Isso porque é necessário questionar se a criação de novos postos de trabalho é suficiente para satisfazer os objetivos do Direito do Trabalho como instrumento jurídico de promoção da dignidade humana, cidadania e justiça social. O objeto da pesquisa é a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho que reconheceu a legalidade do contrato de trabalho intermitente. Assim, a análise da nova modalidade contratual será feita com base na teoria dworkiniana de interpretação construtiva voltada para a tese do direito como integridade em busca da resposta correta as práticas sociais. Isso porque no contexto do Estado Democrático de Direito, o papel do julgador não deve se restringir a mera aplicação das normas, uma vez que também é o responsável pela concretização de direitos fundamentais; a partir da adequação justa e legítima das leis e valores comunitários em uma decisão judicial. Adotou-se a abordagem de pesquisa qualitativa por meio de revisão bibliográfica de referências teóricas publicadas sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma Trabalhista. Trabalho intermitente. Supersubordinação. Interpretação construtiva. Integridade. Coerência.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	<b>9</b>
<b>Capítulo 1 – Uma descrição do caso Magazine Luiza: A posição do Tribunal Superior do Trabalho sobre o contrato de trabalho intermitente</b> .....	<b>12</b>
<b>Capítulo 2 – O direito como integridade: uma teoria interpretativa construtiva da decisão judicial</b> .....	<b>16</b>
2.1 Divergências quanto ao direito.....	16
2.2. Etapas da interpretação.....	19
2.3. O direito como integridade.....	21
2.4. A decisão judicial do Tribunal Superior do Trabalho sobre o trabalho intermitente: direito como integridade? .....	25
<b>Capítulo 3 – Trabalho intermitente: a precarização das condições de trabalho diante da transição da interpretação social para a econômica sobre o Direito do Trabalho</b> .....	<b>29</b>
3.1. O Direito do Trabalho como instrumento de concretização da justiça social .....	29
3.2. A consciência econômica sobre o Direito do Trabalho: a formação da supersubordinação .....	32
3.3 A supersubordinação no contrato de trabalho intermitente.....	36
<b>Conclusão</b> .....	<b>45</b>



## INTRODUÇÃO

O trabalho intermitente, modalidade de contrato prevista no artigo 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Reforma Trabalhista, altera o conceito e efeitos jurídicos do tempo à disposição do empregador em sofisticada estratégia de legitimar a “jornada zero hora” a partir da prestação de serviços descontínua. Além disso, apesar da nomenclatura do contrato, a realização do trabalho intermitente não se limita a intermitência da atividade, podendo ser firmado por qualquer profissão ou atividade econômica.

Com efeito, a pesquisa situa-se na responsabilidade da decisão judicial para a materialização de direitos constitucionalmente garantidos no contexto do Estado Democrático de Direito. Isso porque o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a validade do contrato de trabalho intermitente exclusivamente com base no princípio da legalidade e da segurança jurídica de trabalhadores e empregadores que supostamente aproveitarão de regras claras para o que antes firmavam apenas como contratos informais.

A matéria foi discutida no âmbito Tribunal Superior do Trabalho após recurso de revista questionar a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em Minas Gerais, que entendeu o contrato de trabalho intermitente como “lícito de acordo com a nova legislação, todavia, deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender a demanda intermitente em pequenas empresas, sobretudo, não podendo ser utilizado para suprir demanda de atividade permanente, contínua ou regular. Não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa”. (BRASIL, 2018)

Embora o fundamento da decisão do Regional também deva ser considerado, a análise da pesquisa se atém especialmente com a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, órgão cúpula da justiça do trabalho, que no exercício da função precípua de uniformizar a jurisprudência trabalhista reconheceu o tema do trabalho intermitente como uma causa que oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, nos termos do artigo 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse contexto, para enfrentamento do problema proposto adotou-se a teoria da interpretação construtiva de Ronald Dworkin como método no qual a decisão judicial pretende oferecer a resposta correta por meio da adequação justa e legítima de leis, princípios e valores comunitários, entendendo que o papel do julgador não se restringe a mero aplicador de normas,

pois o Direito tampouco é meramente descritivo, mas sim um exercício interpretativo e argumentativo para justificá-lo.

Para tanto, Dworkin estabelece como premissa básica da teoria de interpretação construtiva o conceito de direito como integridade sendo virtude política ao lado da justiça, equidade e devido processo legal. A integridade exige que julgador perceba o direito como um todo único e coerente ao mesmo tempo em que pede aos juízes a interpretação contínua das normas e precedentes existentes com o propósito de alcançar a melhor concepção do direito que a prática social interpretada realmente requer. Tem-se, portanto, a metáfora do romance em cadeia em que o juiz deve interpretar os capítulos anteriores para dar a sequência coerente e a melhor possível no capítulo em que escreverá.

Sendo assim, após a análise da postura do Tribunal Superior do Trabalho pautada na questão da coerência posta na teoria do direito como integridade, a busca pela resposta correta para o problema da formalização do trabalho intermitente passa pelo exame de uma transição da consciência social sobre o direito do trabalho que o interpreta como instrumento jurídico promotor da dignidade humana, cidadania e justiça social para a consciência econômica que, a princípio, pretende por meio da flexibilização apenas reduzir os custos do trabalho.

Observa-se que a reforma trabalhista se situa exatamente nessa transição social-econômica quando propõe atualizar as normas jurídicas que regem o mercado de trabalho em benefício dos empregadores e, supostamente de empregados. Vale dizer que, não se desconhece que o dinamismo social transforma as práticas sociais e exige que o direito se recicle. No entanto, não raro a flexibilização utilizando-se do argumento “do mal o menor” pretere direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.

Sendo assim, a atualização do conteúdo de leis trabalhistas deve se ater ao objetivo de aperfeiçoamento do Direito do Trabalho sob a orientação protetiva do trabalhador pois, no âmbito trabalhista, a mera criação de postos de trabalho não constitui necessariamente instrumento hábil de construir a identidade social do trabalhador e promover a justiça social. Ao contrário, é possível potencializar a subordinação do trabalhador quando não é garantido o trabalho em condições dignas.

Nesse contexto, a análise sobre o salário e a jornada de trabalho no contrato de trabalho intermitente também recorre ao conceito de supersubordinação de Souto Maior, para refletir sobre os danos decorrentes do momento em que a exploração reduz o trabalhador à força de trabalho, apenas como meio para a conquista do capital, e não como um ser humano com fim em si mesmo.

Desta forma, ao final desta pesquisa pretende-se demonstrar que o trabalho intermitente quando cria um tipo intermediário de trabalhador entre o subordinado e o autônomo, a consequência dessa zona cinzenta é a indefinição dos direitos trabalhistas pertinentes, viabilizando o caminho em direção contrária ao sistema protetivo do trabalhador, exigindo, portanto, um processo interpretativo judicial que melhor possa adequar as normas jurídicas com os valores que informam os direitos sociotrabalhistas.

## **Capítulo 1 – Uma descrição do caso Magazine Luiza: A posição do Tribunal Superior do Trabalho sobre o contrato de trabalho intermitente**

A reforma trabalhista, proposta pelo Poder Executivo, trouxe significativas mudanças as normas jurídicas que regem a vida das pessoas no mundo do trabalho, argumentando-se que a desatualização e a suposta rigidez das normas trabalhistas somada aos custos sociais associados a remuneração encarecem o preço da mão de obra, afetando a competitividade das empresas nacionais e diminuindo as ofertas de emprego no mercado de trabalho.

Nesse contexto, o trabalho intermitente, também conhecido como a “jornada zero hora”, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com o objetivo, segundo o legislador, de transformar as práticas conhecida como “bico” em uma das opções de trabalho formal com menores custos ao empregador.

Sendo um contrato atípico, a formalidade essencial é apenas que seja celebrado por escrito. Na prática, o empregador mantém o registro de empregados e realiza a convocação de empregados com 3 (três) dias de antecedência, informando qual será a jornada, conforme a demanda de trabalho e margem do exercício da discricionariedade. A recusa da oferta pelo trabalhador não descaracteriza a subordinação, entretanto, quando aceita para comparecer ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, está sujeito ao pagamento de multa a outra parte em 50% (cinquenta por cento) do valor da remuneração, permitida a compensação.

Nesses termos, a continuidade deixa de ser característica da relação empregatícia, havendo alternância entre o período de prestação efetiva de serviços e a inatividade, esta última não será considerada tempo à disposição do empregador cujo efeito imediato é o não pagamento de qualquer remuneração enquanto o empregado aguarda convocação do empregador, podendo prestar serviços a outros contratantes. Assim, ao final de cada período de prestação de serviço o empregado receberá o acerto financeiro da hora trabalhada.

Assim, a nova forma de organização do tempo e os efeitos jurídicos na relação de trabalho é que tornam essa modalidade de contrato atípica. Para Supiot (2003, p. 101-102) o trabalho intermitente cria uma zona cinzenta entre tempo de trabalho e tempo livre. Isso porque o tempo em que o trabalhador está disponível e espera a convocação do empregador não é tempo livre nem tempo de trabalho, sendo denominado de terceiro tempo: o de disponibilidade permanente, sendo que o trabalhador não é inteiramente dono do seu tempo e da sua pessoa. (BAPTISTA, 2002, p. 41).

No mais, a configuração do trabalho intermitente não exige que a atividade do contratante seja realizada de forma descontínua ou sazonal. Ao contrário, a norma inserida no

ordenamento jurídico brasileiro permite expressamente a formação do contrato independentemente do tipo de atividade do empregado e empregador, exceto aeronautas, regidos por legislação própria.

A primeira vez que o Tribunal Superior do Trabalho se posicionou sobre o contrato de trabalho intermitente foi no julgamento do processo nº 10454-06.2018.5.03.0097 que, em sede de Recurso de Revista, discutiu-se justamente a não vinculação do trabalho intermitente à intermitência da atividade.

Na origem, a reclamação trabalhista foi proposta por um assistente de loja contratado pela modalidade de trabalho intermitente, em face da rede varejista Magazine Luiza, pleiteando a nulidade do contrato por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Entretanto, o juízo *a quo* indeferiu o pleito ao interpretar que a prestação de serviços ocorreu na vigência da Lei 13.467, de 2017, declarando a legalidade do contrato de trabalho.

A situação se converteu quando o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em Minas Gerais, deu provimento ao recurso do reclamante para declarar a nulidade do contrato, entendendo pelo caráter excepcional do regime intermitente e então restringindo-o as atividades empresariais descontínuas numa tentativa de assegurar patamares mínimos de condições de trabalho e remuneração, bem como evitar a substituição de postos de trabalho efetivo. Destaca-se o seguinte trecho do voto do Desembargador Relator José Eduardo Resende:

(...) essa modalidade de contrato, por ser atípica e peculiar, assegura aos trabalhadores patamares mínimos de trabalho e remuneração, devendo então ser utilizada somente para situações específicas. In casu, analisando o contrato de trabalho (...) verificou-se que o reclamante foi contratado pela reclamada Magazine Luiza em 21/11/2017 para o cargo de assistente de loja, em atividades típicas, permanentes e contínuas da empresa, quais sejam, recepcionar o cliente na loja, conferir produtos e fazer pacotes, efetuar procedimentos de entrega de produtos adquiridos pelo site, contar, conferir e zelar pelo estoque de produtos da loja, entre outras. (...) Nesse sentido, a Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, por meio de sua Comissão redigiu a tese 28 da 19ª CONAMAT, por meio da qual entende que o regime de caráter intermitente é incompatível com a demanda permanente, contínua ou regular ou para substituir posto de trabalho efetivo. (BRASIL, 2018)

Não obstante, a decisão do Regional foi reformada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao entender que houve recusa na aplicação da Lei 13.497, de 2017, hipótese em que se concluiu pela violação ao princípio da legalidade insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição da

República, tendo em vista a suposta criação de mais parâmetros e limitações que os impostos pelo legislador.

O voto do relator Ministro Ives Gandra classifica como excesso exegético a pretensão de restringir a aplicação da nova modalidade de trabalho, comparando a atuação do Regional àqueles que também defendem a generalização e maior flexibilidade, indo mais além do que a própria lei prevê. Nesses termos, o Ministro relator identifica pelo menos três formas de interpretação do contrato de trabalho intermitente, são elas: a) hermenêutica ampliativa; b) hermenêutica restritiva; c) hermenêutica estrita. E cita exemplos:

a) **hermenêutica ampliativa** – o empregado não ficaria vinculado à empresa e o contrato terminaria com o final do engajamento efetivo do trabalhador; b) **hermenêutica restritiva** – reputando a lei de ladina e precarizadora, sustenta-se que o direito ao salário mínimo para o trabalhador intermitente deverá ser mensal e não proporcional às horas laboradas, inclusive nos meses em que não houver trabalho algum; assim, seria inconstitucional o salário mensal inferior ao mínimo legal para o trabalhador intermitente; também seria inconstitucional a multa a ser paga pelo empregado intermitente que faltar ao serviço quando tenha aceito a convocação; c) **hermenêutica estrita** – pode ser utilizado em qualquer tipo de atividade, mantendo-se um vínculo do empregado com a empresa, que o chamará quando necessitar de seus serviços e pagará pelo tempo de trabalho efetivo, quando aceita a chamada; o piso correspondente ao salário mínimo se aplica ao valor do salário hora. (BRASIL, 2019, *grifo do autor*)

Do trecho exposto, é possível identificar que a argumentação utilizada pelo Tribunal Superior do Trabalho pretende a classificação como hermenêutica estrita, justificando e legitimando a atividade judiciária ao restringir o papel do julgador como mero aplicador das normas. Assim, a base da tese jurídica se enuncia como um simples cumprimento do princípio da legalidade.

Em complemento, também insurge no voto do relator o argumento que entende a introdução do trabalho intermitente no ordenamento jurídico brasileiro como uma necessidade para conferir direitos protetivos básicos aos trabalhadores que estão numa situação informal de prestação descontínua de serviços. Essa leitura sustenta-se nos mesmos motivos alegados como a intenção do legislador, assim, prossegue o voto do Relator, Ministro Ives Gandra:

Ora, a introdução de regramento para o **trabalho intermitente** em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se encontravam na **informalidade** (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de “bicos”, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das **novas modalidades contratuais** existentes no mundo (junto com o teletrabalho, também introduzido pela Lei 13.467/17), flexibilizando a forma de contratação, prestação dos serviços e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas **segurança jurídica** a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho. (BRASIL, 2019, *grifo do autor*)

A leitura do caso deixa evidente a diversidade do pensamento jurídico. Ocorre que, a legitimidade da interpretação judicial não significa que ela decorre apenas de um processo automatizado de convencimento do julgador, ou seja, a mera repetição do texto legal e da vontade histórica declarada pelo legislador. Pelo contrário, o exercício da função de julgador exige uma avaliação dos fatos à luz de pressupostos constitucionais, legais e convencionais de forma a proferir um entendimento consciente e fundamentado da lei.

A aplicação dos dispositivos inseridos pela Reforma Trabalhista revela um dilema interpretativo do qual o julgador deve superá-lo, de acordo com seu livre convencimento, mas fazendo uso de adequada fundamentação que observa referenciais simbólicos do sistema jurídico. Daí a crítica a decisão do Tribunal Superior do Trabalho se desenvolverá através da interpretação construtiva proposta por Ronald Dworkin, na qual a prática jurídica deve ser coerente a partir do entendimento do direito como integridade para extrair a correta norma do texto legal, conforme os princípios do Estado Democrático de Direito.

## **Capítulo 2 – O direito como integridade: uma teoria interpretativa construtiva da decisão judicial**

### **2.1. Divergência quanto ao direito**

O direito é fenômeno social pelo qual as leis são vivenciadas como instrumento de autoridade, legitimidade e proteção em meio a discussões sobre aplicabilidade, métodos e ideais que as normas jurídicas emanam. Sendo assim, a prática jurídica é primordialmente argumentativa, na qual as decisões judiciais assumiram um lugar importante desde que juízes deixaram de ser meros aplicadores da lei, no sentido estrito da atividade, e passando a ter crescente papel na defesa dos direitos fundamentais.

Em proposta de explicar o raciocínio jurídico, sobretudo nos casos difíceis, quando a lei é obscura, ambígua ou contraditória, é que Ronald Dworkin desenvolve a teoria da interpretação construtiva do direito que tem o objetivo de alcançar a correta justificativa das decisões judiciais e extrair dessa narrativa a melhor prática jurídica possível. Aprofunda-se, na base, a concepção de direito para apresentá-lo como integridade.

De início, por sua vez, faz-se importante salientar que a proposta do jurista tenciona mais a abordagem da prática jurídica do que o conteúdo dos próprios argumentos sobre o direito. Assim, embora reconheça que existam abordagens externa do direito que consideram aspectos da economia, sociologia e história para responder, por exemplo, porque um argumento prevalece em certas épocas ou circunstâncias, e não em outras, a intenção é realizar uma abordagem interna sobre o fenômeno jurídico, preocupada com a estrutura do argumento jurídico por meio do ponto de vista do juiz cuja prática do direito é explicitamente argumentativa e capaz de influenciar as norma que se extrai do texto legal.

Sendo importante o modo como os juízes decidem os casos, na mesma medida é compreender o que eles pensam sobre o que é o direito, sobretudo quando divergem. Contudo, antes identificar as divergências do direito e adentrar no conteúdo da teoria interpretativa, faz-se necessário suscitar os três tipos de questões que surgem no âmbito dos processos judiciais, são elas: questão de fato, questão moral (política e de fidelidade), e a questão do direito. As duas primeiras questões igualmente são fáceis de serem reconhecidas e até superadas, uma vez que a primeira diz respeito a produção de prova e a segunda decorre naturalmente do julgamento moral que cada pessoa faz sobre o que é certo ou errado.



Porém, a questão do direito que parte da simples pergunta sobre qual a lei pertinente ao caso é o frequente motivo da divergência entre juízes e advogados. Nesse momento, as diferentes afirmações que surgem sobre aquilo que a lei lhes permite, proíbe ou autoriza são denominadas de “proposições jurídicas” podendo ser verdadeiras ou falsas, com base em proposições mais conhecidas que foram denominadas como “fundamentos do direito”.<sup>1</sup>

Sob a ótica do conceito de “fundamentos do direito”, Dworkin identifica duas maneiras pelas quais juízes e advogados podem divergir sobre a verdade de uma “proposição jurídica”, são elas: divergência empírica sobre o direito e divergência teórica sobre o direito:

A divergência empírica sobre o direito quase nada tem de misteriosa. As pessoas podem divergir sobre a propósito de quais palavras estão os códigos da mesma maneira que divergem sobre quaisquer outras questões de fato. Mas a divergência teórica no direito, a divergência quanto aos fundamentos do direito é mais problemática. (...) Advogados e juízes têm, de fato, divergências teóricas. Divergem, por exemplo, sobre o que o direito realmente é, sobre a questão da segregação racial (...), mesmo quando estão de acordo sobre quais leis foram aplicadas, e sobre o que as autoridades disseram e pensaram no passado. (DWORKIN, 2007, p. 8)

Para responder como a tese da divergência empírica distorce a prática jurídica e então articular a compreensão da teoria da interpretação construtiva tendo por base as divergências teóricas sobre o direito, é necessário apresentar como a visão do direito como simples questão de fato é concebida pelo público em geral e nos meios acadêmicos. No que se refere ao primeiro grupo, ainda que as opiniões estejam divididas entre “progressista” e “conservadores”, as preocupações são quanto às questões de moralidade e fidelidade. Isto porque ambos assumem que o direito é o que as instituições com autoridade legislativa e judiciária decidiram no passado. Assim, questões relativas ao direito sempre podem ser respondidas mediante o exame dos arquivos que guardam os registros das decisões institucionais (DWORKIN, 2007, p.10).

Nesse contexto, advogados e juízes estaria sempre de acordo quanto aos fundamentos do direito, pois o direito é uma questão de fato, sem depender do que ele deveria ser, pois existe uma norma jurídica pertinente para cada caso levado ao conhecimento do juiz. Logo, a divergência teórica do direito é meramente ilusória e quando parecem estar divergindo sobre o

---

<sup>1</sup> Nesse ponto, Dworkin descreve um caso prático sobre limite de velocidade em uma rodovia para diferenciar os termos técnicos “proposição jurídica” e “fundamento do direito”: “ A proposição de que ninguém pode dirigir a mais de 90 quilômetros por hora na Califórnia é verdadeira, pensa a maior parte das pessoas, porque a maioria dos legisladores daquele estado disse “sim”, ou levantou a mão quando um texto sobre o assunto veio parar em suas mesas. Podia não ser verdadeira se nada disso tivesse acontecido; não poderia então ser verdadeira apenas pelo que tivesse dito um fantasma, ou pelo que tivesse encontrado no céu, em tabuinhas transcendentais.” *In* Império do Direito, p. 7.

que o direito deveria ser, na verdade estão discutindo sobre questões de moralidade e fidelidade, não de direito.

Para os conservadores os juízes devem seguir o direito sem tentar aperfeiçoá-lo, pois desta ação interpretam como uma atitude antidemocrática. Por outro lado, os progressistas sustentam que os juízes devem tentar melhorar a lei sempre que possível, pois o mau juiz é rígido e mecânico que não se preocupa com a justiça e eficiência do processo.

Nos meios acadêmicos a tese que justifica o direito como uma questão de fato revela um ceticismo quanto ao próprio direito, marcando a primeira diferença da opinião popular e a questão da fidelidade é substituída pela questão da reparação. A versão acadêmica enfatiza os casos em que o direito pode ser silencioso porque nenhuma instituição anterior emitiu opinião a propósito do litígio. Nesses casos, o juiz deve criar a norma para preencher as lacunas do direito.

A tese acadêmica acrescenta a questão da retratação que inexistente a resposta certa em questões jurídicas polêmicas, mas apenas respostas diferentes. No entanto, Dworkin identifica que os dois argumentos acadêmicos são contraditórios entre si, “pois quando os juízes finalmente decidem de um jeito ou de outro, consideram seus argumentos melhores do que os argumentos contrários – e não simplesmente diferentes;” (2007, p.14).

Na prática, o jurista aprofunda a crítica às teorias que tratam o direito como questão de fato apresentando os defeitos do positivismo jurídico, principalmente as teses transmitidas por John Austin e H. L. A. Hart, no que diz respeito a inexistência de resposta, salientando que a proposta e a controvérsia não é sobre poder ou não ter razão ao considerarmos uma resposta certa, e sim poder demonstrar ou não que tal resposta é certa.

O positivismo jurídico e a existência da divergência teórica do direito é testada por meio de casos práticos, por exemplo, *Brown vs board of education*, em que não havia precedente sobre a questão e, segundo a tese positivista, não havia qualquer direito a se descobrir, mas a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que poderia melhorar a prática jurídica e torná-la mais justa:

Afinal, por que advogados e juízes deveriam simular uma divergência teórica em casos como esses? Alguns positivistas têm uma resposta rápida: os juízes fingem divergir sobre a natureza do direito porque o público acredita que o direito sempre existe e que os juízes devem sempre segui-lo. De acordo com esse ponto de vista, advogados e juízes conspiram sistematicamente para esconder a verdade das pessoas, para não desiludi-las nem provocar sua raiva ignorante. (DWORKIN, 2007, p. 46)

Nesse contexto, o positivismo jurídico tendo por base a divergência empírica do direito que insiste no uso de critérios linguísticos para avaliar as proposições jurídicas, constituiu-se, portanto, uma teoria semântica do direito. Assim, Dworkin denomina como “agulhão semântico” o argumento de que só é possível discutir se todos aceitam e seguem os mesmos critérios, ainda que não sejam exatos (2007, p. 56).<sup>2</sup>

Ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som. (2007, p. 57)

Da impossibilidade pela via da teoria semântica de determinar o que é ou não direito, Dworkin oferece a teoria do direito como um conceito interpretativo para explicar as divergências teóricas. Antes, o jurista assenta a concepção do que é interpretação e a análise interpretativa para estabelecer a base da teoria a ser defendida.

## **2.2. Etapas da interpretação**

Primeiro, o exame da interpretação a compreende como dinâmica de transformação. Isso porque a interpretação decide não apenas porque uma circunstância existe, mas também o que, devidamente compreendida, agora ela requer. Nesse sentido:

(...) a interpretação repercute na prática, alterando a forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim a prática passa por uma dramática transformação, embora a cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior. (DWORKIN, 2007, p. 59)

Posto isto, a interpretação de uma prática social é classificada como criativa, pois pretende interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta, e não o que as pessoas dizem sobre ela, o que estaria classificada como interpretação da conversação. Patente, então, é reconhecer o lugar fundamental da intenção na interpretação criativa mediante o entendimento de que toda atividade interpretativa tem por finalidade uma explicação

---

<sup>2</sup> Dworkin cita um caso prático para superar abstrações do conceito de agulhão semântico: “Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de Moby Dick não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será necessariamente absurda.” In Império do direito, 2007, p. 56

intencional. Em Dworkin, a intenção é a essência para interpretar práticas sociais, não mera causa, descartando a metáfora de que as práticas falam por si.

Isto é, a interpretação criativa é, sobretudo, uma atitude interpretativa preocupada com os propósitos da prática, não com a causa. Cumpre ainda observar que o propósito se refere aos do intérprete, não do autor, marcando uma diferença crucial no estilo de interpretação dominante que fixa na intenção do autor mesmo quando ele não é real ou conhecido para ter a mente investigada, como é no caso das práticas sociais. Salienta-se que, não se trata de impingir a vontade do intérprete em detrimento do autor, pois a dinâmica da interpretação como transformação continua reconhecendo a história e imposições do objeto ao mesmo tempo procura aprimorá-lo o máximo possível.

Logo, o intérprete ao conhecer as opiniões dos diferentes membros da comunidade a respeito do que uma prática social exige, não o impede de julgar e contestar, uma vez que a atitude interpretativa não deve ser reduzida às ações de descobrir e reportar. E então, nesse cenário, a interpretação criativa também é classificada como construtiva, preocupada com propósito da prática, a fim de torná-la a melhor possível, numa interação propósito e objeto. (DWORKIN, 2007, p.60; 80).

A interpretação construtiva é dividida em três etapas, são elas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. Primeiro, são identificadas as regras em torno da prática social, ou seja, o direito. Nesta etapa é exigido um certo grau de consenso sobre o padrão de referência a ser usado a posto de distinguir interpretação de invenção. Em seguida, a etapa interpretativa pretende identificar uma justificativa geral da regra. Terceiro, a etapa pós-interpretativa, também denominada como reformuladora, referindo-se àquilo que a prática social realmente requer para apresentar a melhor interpretação.

Poderíamos resumir essas três etapas na observação de que a interpretação procura estabelecer um equilíbrio entre a descrição pré-interpretativa de uma prática social e uma justificativa apropriada de tal prática. Tomo a palavra "equilíbrio" emprestada de Rawls, mas essa descrição da interpretação é diferente de sua descrição do raciocínio sobre a justiça. Ele contempla o equilíbrio entre o que chama de "intuições" sobre a justiça e uma teoria formal que une essas intuições. Ver John Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 20-1, 48-50 (Cambridge, Mass., 1971). **A interpretação de uma prática social procura equilíbrio entre a justificativa da prática e suas exigências pós-interpretativas.** (DWORKIN, 2007, p. 82, *grifo nosso*)

Com efeito, as três etapas da interpretação distanciam definitivamente a atitude interpretativa da mera afirmação de regras linguísticas, como previam as teorias semânticas. Além disso, o jurista conclui que a interpretação tampouco é atemporal, podendo ser contestada a qualquer momento e, por consequência, marcar o aprofundamento da divergência teórica.

Em decorrência da exposição sobre conceitos da interpretação, urge repisar significado de justiça dentro da teoria dworkiniana. Nesse ponto, observa-se que os conceitos de justo e injusto também não seguem os critérios linguísticos, pois também é conceito a ser interpretado e sujeito à revisão. O jurista entende que é ineficaz a tentativa de formular um conceito de justiça, pois dificilmente se encontraria uma proposição abstrata o suficiente para ser incontestável. Assim, propõe a mesma atitude da etapa pré-interpretativa sobre o grau de consenso e, por consequência dos limites aproximados da prática para distinguir, por exemplo, a concepção de justiça que rejeitamos mesmo que fosse apresentada como tal (2007, p. 92).

Observa-se ainda que da justiça é possível identificar paradigmas que desempenham o papel de requisito básico o qual qualquer interpretação deve ajustar-se, uma exigência semelhante da etapa pré-interpretativa quanto ao consenso. Evidente que, podendo a interpretação alterar as formas de uma prática, nenhum paradigma é atemporal e, portanto, não está a salvo da contestação.

Do até aqui exposto, embora Dworkin reconheça que a exposição a respeito da interpretação foi subjetiva, apesar de não atribuir necessariamente um sentido negativo a esse respeito, também entende que a atitude interpretativa com a finalidade de alcançar uma resposta certa e não apenas “diferente” é objetiva. Assim, o desafio proposto pelos céticos de que é um erro filosófico supor que as interpretações podem ser verdadeiras ou falsas será vencido por meio de argumentos da mesma natureza duvidosa, preestabelecido que os argumentos sobre aquilo que torna uma interpretação melhor que outra não são apenas demonstrações, pois convidam a divergência.

### **2.3. O direito como integridade**

A integridade é apresentada como virtude política ao lado da justiça e da equidade, sendo um argumento decisivo para sustentar a ideia de pretensões juridicamente tuteladas contra o desafio pragmático. Isso porque o pragmatismo é uma concepção cética do direito, nos moldes da tese semântica prevalente nos meios acadêmicos, ao afirmar que “juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão.”<sup>3</sup> (DWORKIN, 2007, p. 196-197)

---

<sup>3</sup> E continua: “O fato de que um verdadeiro pragmático rejeita a ideia de pretensões juridicamente tuteladas não é um argumento decisivo contra essa concepção. Pois não é evidente que a ideia dessa proteção jurídica seja atraente, nem mesmo sensata. Pelo contrário, é muito fácil fazer com que essa ideia pareça tola. O pragmático dará ao

Como guia de enfrentamento do problema proposto, adotou-se o conceito de equidade como uma questão de distribuição do poder político da maneira adequada para atribuir a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre decisões que os governam. A justiça, por sua vez, está preocupada com o resultado moralmente justificável das decisões.

Dworkin então se propõe a fazer uma análise da integridade como virtude que até então não ocupava lugar específico na teoria política clássica, a descrevendo, de início, como a necessidade de tratar casos parecidos de forma semelhante, mantendo a coerência para estender os padrões fundamentais de justiça e equidade.

Para a análise, divide-se a integridade em dois princípios: o primeiro é a integridade da legislação, que exige a manutenção da coerência no processo legislativo. O segundo é a integridade na prestação jurisdicional, que exige dos julgadores conceber o corpo do direito como um todo coerente para atribuir às decisões passadas um poder especial no tribunal, e não como uma série de decisões distintas que juízes são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.

A teoria dworkiana aprofunda o estudo sobre o princípio da integridade na prestação jurisdicional para oferecer uma nova concepção do direito, diferente do que previa as teorias convencionalistas e pragmáticas. A integridade será apresentada como fundamental para que o juiz reconheça o direito que os litigantes têm a uma decisão dele.

Eles têm direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. (DWORKIN, 2007, p. 263)

Para apresentação sobre a necessidade de aceitar a integridade como terceiro ideal político independente, Dworkin demonstrará os conflitos entre as virtudes da equidade e justiça.

Primeiro, tem-se o extremo denominado justiça como equidade, entendendo que tudo aquilo que provenha de procedimento baseado na equidade é justo. O outro extremo é denominado equidade como justiça, pois sempre submete a equidade em um teste de resultados.

---

passado toda a atenção exigida por uma boa estratégia. Ele aceita os direitos "como se" com esse espírito, e por razões de estratégia tomará basicamente as mesmas decisões que um convencionalista tomaria quando as leis são claras ou os precedentes bem definidos e decisivos. Rejeitará aquilo que um convencionalista aceita como direito apenas em casos especiais, quando uma lei for velha e ultrapassada, por exemplo, ou quando um conjunto de precedentes for considerado injusto ou ineficiente, e é difícil ver o que então se perde em termos de valor. Ele rejeita, é verdade, a própria idéia de coerência de princípio como algo importante em si mesmo." In Império do Direito, 2007, p.197.

A maioria dos filósofos políticos - e, creio, a maioria das pessoas - adota o ponto de vista intermediário de que a equidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes tomam decisões justas. Se assim for, então na política corrente devemos às vezes escolher entre as duas virtudes para decidir quais programas políticos apoiar. Poderíamos pensar que a ascensão da maioria é o melhor procedimento viável para tomar decisões em política, mas sabemos que às vezes, quando não frequentemente, a maioria tomará decisões injustas sobre os direitos individuais. Deveríamos aceitar restrições constitucionais ao poder democrático para impedir que a maioria restrinja a liberdade de expressão, ou outras liberdades importantes? (DWORKIN, 2007, p. 215).

Nesse cenário, para vencer o dilema entre a vontade da maioria e a garantia da justiça das decisões políticas sem fazer uso de soluções aparentemente conciliatórias entre as duas virtudes, Dworkin entende que, às vezes, a justiça e a equidade devem ser sacrificadas à integridade para garantir a coerência de princípios e a expressão do direito como um todo no âmbito dos atos do Estado.

Estabelecido, faz-se necessária a ressalva de que a integridade não se resume a coerência, ou melhor a exigência de que instituições decidam os casos semelhantes da mesma maneira. A integridade para Dworkin é a visão das normas jurídicas como um sistema único, seja no ato de criação ou aplicação, diz respeito a princípios. Assim, ao invés de exigir fidelidade das instituições as decisões passadas, a integridade requer a observância de princípios fundamentais do sistema como um todo.

Posto isso, o desenvolvimento da terceira concepção do direito avança numa discussão sobre a interpretação em cadeia do direito, entendendo a integridade como uma forma de promover o diálogo coerente entre o passado e o futuro com a pretensão de oferecer a prática jurídica sobre a melhor luz. Observa-se então que, o direito como integridade está pautado na ideia de continuidade da interpretação de normas jurídicas que o próprio julgador afirma ter interpretado com sucesso, numa ideia de permanente construção do direito. Assim, não se trata apenas de encontrar a lei e os objetivos dos políticos, tampouco de inventar o direito, como entendem convencionalistas e pragmáticos respectivamente.

Sendo assim, no romance em cadeia, fruto de uma comparação entre direito e literatura, os juízes são autores e críticos ao mesmo tempo, pois introduzem acréscimos a tradição que interpretam “para tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor.” (DWORKIN, 2007, p. 277)

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a

complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2007, p. 276)

O processo interpretativo no romance em cadeia é explorado por meio da atividade judicial de Hércules, um juiz imaginário que aceita o direito como integridade, conhece a letra da lei, a história da comunidade e os precedentes judiciais. Na prática, Hércules faz uso de critérios de adequação e justificação desses pressupostos para selecionar diversas hipóteses interpretativas que podem corresponder à melhor interpretação do caso.

Durante a minuciosa análise de um caso e possibilidades interpretativas, uma das ações que Hércules se propõe é captar a força gravitacional dos precedentes judiciais sustentada nos princípios necessários para justificação coerente de tais decisões. No mais, o jurista garante que ao decidir um caso difícil, Hércules estaria, segundo o direito como integridade, obrigatoriamente vinculado a um compromisso de oferecer uma justificativa de acordo com a história legislativa, moral e política do contexto em que tal caso se assenta, assim como, demonstrar que sua decisão foi baseada em princípios e não em compromissos ou estratégias políticas. (SENS, 2013, p. 19)

Cumprido lembrar que, sendo um romance em cadeia que aceita o direito como integridade, Hércules considera as decisões judiciais precedentes e as interpreta para dar a melhor continuidade da trama. Da mesma forma é a interpretação da legislação, questão que para Dworkin tem como superada a teoria da “vontade do legislador”, que assegura a validade da aplicação de determinada norma jurídica na concepção positivista, se essa é reconhecidamente a intenção inicial do legislador que formulou tal regra.

Para Dworkin, o julgador deve se posicionar, formar sua própria opinião sobre o problema apresentado, assim como um romancista em cadeia deve encontrar alguma maneira coerente de ver um personagem e um tema. (SENS, 2013, p.18-19).

Em resposta às críticas, Dworkin alerta que a afirmação sobre o julgador “formar a própria opinião sobre o problema apresentado”, ou seja, fazer uso das próprias convicções, não orienta Hércules a fazer escolha pelas próprias convicções políticas em detrimento das convicções políticas do conjunto da comunidade.

Sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem. Ele deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes, mas essa forma de apoio é a segunda daquelas que distinguimos, uma forma que é inevitável em algum nível. (DWORKIN, 2002, p. 197-198)



Além disso, o jurista está ciente das críticas em razão da paciência sobre-humana de Hércules que questionam a viabilidade de um juiz real resolver os casos da mesma maneira metódica sem restar paralisado pelo acúmulo de trabalho. Não obstante, afirma que o papel de Hércules é mostrar a estrutura oculta das sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica.

No mais, embora possa afirmar que Hércules tenha mais tempo disponível e seja mais rápido que um juiz real, pode aspirar a testar hipóteses mais abrangentes, enquanto os testes das hipóteses pelos outros devem ser parciais. Mas ele não tem acesso a mistérios transcendentais que são obscuros para eles. Seus juízos sobre adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza que os deles. Ele faz o que eles fariam se tivessem toda uma carreira a dedicar a uma única decisão; precisam não de uma concepção do direito diferente da dele, mas de algo que ele nunca precisou cultivar: eficiência e capacidade de administrar com prudência (DWORKIN, 2007, p. 316).

Assim, ainda que na prática seja difícil aplicar de maneira perfeita a integridade, Dworkin propõe considerar esse fato como um defeito, e que o julgador deve ter como meta a ser alcançada de forma a evoluir a atividade jurisdicional.

#### **2. 4. A decisão judicial do Tribunal Superior do Trabalho sobre o trabalho intermitente: direito como integridade?**

A licitude do contrato de trabalho intermitente, como visto no capítulo 1, foi reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho a partir do que o órgão julgador denominou como “hermenêutica estrita”, cuja interpretação no caso se limitou a letra da lei ao argumento de observância do princípio da legalidade.

Em complemento, a argumentação da decisão apenas reproduz a mesma justificativa do legislador de que o trabalho intermitente pode reduzir tanto a informalidade de prestação descontínua de serviço como o desemprego. Nesse contexto, o órgão julgador reduziu a discussão sobre direito do trabalho à segurança jurídica supostamente conquistada pela formalização de uma forma contratual.

A partir dessa autoclassificação como interpretação estrita, podemos perceber que a decisão do Tribunal Superior do Trabalho está inserida na concepção do direito “como simples questão de fato” que é a tese defendida pelos positivistas, pretendendo-se definir o que é ou não o direito por meio de critérios semânticos. Nesse sentido, o direito nada mais é que aquilo que

as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado. (DWORKIN, 2007, p. 10)

Inicialmente, cumpre destacar que se conhece a influência do positivismo no ordenamento jurídico brasileiro, cuja tradição romano-germânica tem a norma jurídica escrita como principal fonte de direito. Ocorre que, as evoluções sociais, políticas e morais no panorama jurídico brasileiro também criam percepções e exigências sobre a tutela plena do direito em questão. Nesse contexto, o sistema positivista não é, então, mais hábil a atender à demanda jurídica, o que leva o modelo tradicional de interpretação do direito a ser insuficiente. (SENS, 2013, p. 2)

Senão, observa-se que, a Constituição da República de 1988, Lei Maior do Estado brasileiro, mesmo de fonte primária escrita, inspira ideias e objetivos que instaurando um novo regime político também adotou uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica por meio da evidente inclusão dos princípios como instrumento norteador, impulsionando a evolução jurídica brasileira (MENDES, 2012 p. 155)

Urge, então, estabelecer que embora a decisão do Tribunal Superior do Trabalho proponha restringir a divergência para uma questão empírica do direito, a interpretação de uma prática social não é sobre a natureza da lei, mas o que ela deveria ser. Assim, a mudança de entendimento entre os Tribunais sustenta, em verdade, uma divergência teórica do direito, de modo que ambas decisões concordam quanto àquilo que a legislação tem a dizer sobre o trabalho intermitente, mas discordam sobre aquilo que a legislação realmente é, no que tange ao esgotamento dos fundamentos pertinente do direito do trabalho que tornam falso ou verdadeiro o trabalho intermitente enquanto proposição jurídica, ainda que ambas decisões judiciais estejam limitadas na maneira de lidar com todas as questões envolvidas sobre o trabalho intermitente.

A partir dessa configuração, a interpretação dessa prática social deve dizer a respeito, essencialmente, às intenções, não as meras causas. Precisamos, portanto, substituir a metáfora das práticas falando com suas próprias vozes, de modo a reconhecer o lugar fundamental do propósito na interpretação construtiva a fim de tornar uma prática o melhor exemplo possível.

Sob o prisma da interpretação construtiva, a atitude interpretativa que atenda aos ideais de justiça e legitimidade da atividade judicial nada tem a ver com o engessamento do direito ao argumento de aplicação do princípio da legalidade. Pelo contrário, mais do que uma obra acabada, o direito está em construção contínua. Se nos atentarmos para a dinâmica da

interpretação, tem-se evidente a capacidade de transformação das práticas a partir do reconhecimento do passado e incentivo ao aprimoramento sobre o que a prática realmente quer.

Assim, o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2007, p. 291)

Nesse sentido, não é a passividade na resolução dos casos concretos que conduz a legitimidade da atividade judicial, uma vez que a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais não é, por si só, uma atitude antidemocrática. Cumpre dizer que, tampouco se defende a negação da existência do consenso a respeito da matéria jurídica na etapa pré-interpretativa, viabilizando um ativismo judicial desenfreado.

Nesse sentido, cumpre dizer que o julgador ao aceitar o direito como integridade preza pela coerência nas decisões judiciais, proporcionando medidas capazes de se atingir uma adequação do Direito às transformações sociais sem que, com isso, haja um sacrifício absoluto do valor de previsibilidade das decisões judiciais. Nesse contexto, a interpretação construtiva não exclui os juízes do processo de continuidade do direito porque entende a decisão judicial como instrumento capaz de influenciar não só as partes, mas em toda a história legal da comunidade e na formação de seu direito. (SENS, 2013, p. 25)

Assim, a interpretação construtiva demonstra ser capaz de garantir, simultaneamente, uma solução justa para um determinado caso e rejeitar a discricionariedade, onde a centralidade dos direitos fundamentais age como condição possibilitadora da democracia. (MARTINS, 2006, p. 278)

Para tanto, voltamos ao item 3.2 - Etapas da interpretação, que exerce papel fundamental no modelo de interpretação construtiva ao refinar o estudo do direito enquanto prática social, de forma que passe a ser a melhor prática possível dentre as distintas interpretações que admitam os elementos identificados e interpretados nas etapas anteriores (VIDAL, 1999a, p. 44).

Cumpre ressaltar que, para o equilíbrio entre a descrição pré-interpretativa e uma justificativa apropriada na etapa pós-interpretativa não pode o julgador deixar de identificar todas as normas que informam o conteúdo da prática e analisar criticamente os precedentes. Do

contrário, a continuidade coerente da escrita do romance em cadeia resta prejudicada e a interpretação se confundiria com invenção.

Sobre isso, é necessário advertir que, a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho sequer analisa os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho que informam o objetivo e a finalidade o sistema protetivo do Direito do Trabalho. Nesse ponto, a decisão evidencia sérios problemas quanto a coerência interna dos próprios argumentos sobre a observância estrita da legalidade, postura que também seria objeto de crítica mesmo que pela interpretação positivista. Ainda sobre o aspecto interno da decisão, é flagrante ausência de diálogo com as decisões precedentes sobre o mesmo caso.

Em termos de coerência externa, é evidente a preterição dos fundamentos do direito do trabalho enquanto direito social que limita a exploração da força de trabalho humana no sistema capitalista, consagrando princípios diretos a questão trabalhista, notadamente: a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a função social da propriedade e a justiça social.

Nesse contexto, tomando como parâmetro a teoria da interpretação construtiva que privilegia a coerência como parâmetro de correção das decisões judiciais, a decisão tomada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho não foi a melhor possível, pois ao argumento de legitimidade da atividade jurisdicional tem-se na prática a automatização do processo decisório enquanto a argumentação foge dos referenciais simbólicos do próprio sistema jurídico que o órgão julgador está inserido, questão que está diretamente vinculada ao conceito estabelecido como direito à integridade.

A formalização do contrato de trabalho intermitente no ordenamento jurídico brasileiro tem sua base explicada no fenômeno da flexibilização das normas trabalhistas, o qual sugere a adaptação de regras jurídicas às exigências da realidade social. Na prática, o fenômeno se orienta em prol da redução de custos do trabalho em proposta por interpretação econômica do direito do trabalho.

Sendo assim, o enfrentamento das questões trazidas pela flexibilização de normas e, especificamente do trabalho intermitente, exige o retorno à questão social que informa o direito do trabalho como um sistema protetivo do indivíduo trabalhador. Não se pretende de forma ingênua negar existência da leitura econômica das normas trabalhistas, e sim de identificar os problemas da priorização de interesses econômicos em preterição do que os fundamentos jurídicos trabalhistas realmente requerem.

## **Capítulo 3 – Trabalho intermitente: a precarização das condições de trabalho diante da transição da interpretação social para a econômica sobre o Direito do Trabalho**

### **3.1. O Direito do Trabalho como instrumento de concretização da justiça social**

A materialização do Direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se instalou na Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho e a insuficiência do conteúdo das normas do Direito Civil em atender as necessidades da classe trabalhadora (CASSAR, 2017, p. 12). Nesse contexto, tem-se ainda a ordem instaurada pelo Estado Liberal pautada na exaltação das liberdades individuais dos cidadãos deixando-os livres para negociar, contratar e comercializar sendo limitada a interferência estatal a qual se restringia a administração de conflitos para a preservação da segurança individual dos cidadãos.

O Direito servindo ao paradigma liberal apenas poderia assegurar a igualdade formal entre os cidadãos e assim, por óbvio, a liberdade contratual e a vontade das partes culminavam em contratos de trabalho precarizados, sobretudo degradantes aos trabalhadores com menor poder de barganha, acentuando desigualdades sociais e econômicas.

É claro que as reações dos trabalhadores foram fortemente reprimidas e a realidade legislativa apenas sofreu alterações de modo gradual e em processo especialmente lento. Assim, cumpre estabelecer as primeiras leis de cunho trabalhista já deixavam em evidência a argumentação dicotômica que se estenderia por toda as discussões da matéria: a existência de uma consciência social e outra consciência econômica para interpretar o Direito do Trabalho.

Isso porque o que representa a conquista para os trabalhadores também garantiram a sobrevivência da classe dominante do modelo capitalista que, na iminência de perder o poder diante do que as revoltas dos trabalhadores passaram a representar, a exemplo da Revolução Russa. (MAIOR, 2002, p. 4)

O Direito do Trabalho apresenta-se, assim, desde a sua gênese, útil ao capitalismo, conquanto interesse também aos trabalhadores, por razões opostas: por um lado, o capital faz pequenas concessões que reduzem as tensões sociais, retirando força à luta de classes; por outro lado, o trabalhador consegue limitar, concretamente, a exploração que sobre ele é exercida. (SCHWARZ apud MAIOR, 2002, p. 4)

Por sua vez, o fim da Primeira Guerra Mundial trouxe profundas transformações na sociedade, marcando relevante mudança do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, no qual passou-se a exigir uma atuação positiva do Estado como garantidor do mínimo

existencial e responsável pela concretização de preceitos de natureza social, visando assim atingir a justiça social. Surge, então, o chamado constitucionalismo social após a inclusão nas Constituições de disposições pertinentes à defesa de interesses sociais, inclusive trabalhistas (GARCIA apud MARTINS, 2016, p. 31)

Assim, o movimento de constitucionalização do direito do trabalho teve início na Constituição do México de 1917, seguida da Constituição de Weimar de 1919, ano que também marca a fundação da Organização Internacional do Trabalho, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, com o objetivo de promover a justiça social, estabelecendo princípios fundamentais como “o trabalho não é uma mercadoria”, nos termos da Declaração de Filadélfia.

Souto Maior (2002, p.6) explicando sobre a “formação da consciência social sobre o Direito do Trabalho” reflete que, a integração das normas trabalhistas nas constituições e a criação da Organização do Trabalho marcam definitivamente a criação de um novo direito que pretende tornar a justiça social mais do que um compromisso moral, uma obrigação dos particulares com limitação de interesses econômicos e dever do Estado de efetivar direitos constitucionalmente assegurados.

Para Maurício Godinho (2007, p.15), o ápice da afirmação constitucional do Direito do Trabalho encontra-se na Constituição da República de 1988 que, direta ou indiretamente afirma princípios constitucionais do direito do trabalho, destacando-se quatro do que entende ser parte do próprio núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição: dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, justiça social e submissão da propriedade à função social.

Observa-se, portanto, que o Direito do Trabalho enquanto ramo autônomo do Direito exerce a função precípua de conter os efeitos do sistema capitalista na busca pelo lucro por meio da exploração do trabalho, ao mesmo tempo que “possibilita que o sistema econômico prossiga o seu desenvolvimento em moldes socialmente aceitáveis, viabilizando o progresso das instituições e o bem-estar da coletividade, com vistas à melhoria das condições sociais dos trabalhadores” (GARCIA, 2016, p. 33).

Assim, elevar a valorização do trabalho ao âmbito da Constituição da República, como uma questão fundamental para a construção da ordem econômica (art. 170) e social (art. 193), tem-se a afirmação da democracia na vida social, pois:

à medida que democracia consiste na atribuição de poder também a quem é destituído de riqueza – ao contrário das sociedades estritamente excludentes de antes do século XIX, na História –, o trabalho assume o caráter de ser o mais relevante meio garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de

riqueza e de outros meios lícitos de seu alcance. Percebeu, desse modo, com sabedoria, a Constituição a falácia de instituir a democracia sem um correspondente sistema econômico-social valorizador do trabalho humano. (GODINHO, 2007, p.15)

Na prática, portanto, o Direito do Trabalho como instrumento de promoção da dignidade humana contribui tanto para a afirmação da identidade individual do trabalhador, como para a emancipação coletiva por meio da distribuição de renda e poder no modelo de sociedade capitalista, com o objetivo fundamental de promover a inclusão regulada e protegida do sujeito trabalhador no mercado de trabalho (DELGADO, 2013, p.199).

Nesse ponto, faz-se importante estabelecer como pano de fundo o trabalho prestado em condições dignas como elemento indispensável para a realização dos direitos sociotrabalhistas. Isso porque a dignidade como valor-fonte do Estado Democrático de Direito, inclusive informando o conteúdo dos direitos fundamentais, também orienta as relações trabalhistas a observância do ser humano com um fim em si mesmo e não como meio para atingir o lucro. Assim, “onde o trabalho humano não for minimamente assegurado, não haverá dignidade humana que sobreviva.” (DELGADO, 2006, p.74)

Considerado o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revelará a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais. (BATAGLIA apud DELGADO, 2006, p. 78)

Ao refletir sobre o trabalho digno como direito fundamental, Gabriela Delgado (2006, p. 76) defende o reconhecimento de direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta para assegurar um patamar mínimo de dignidade do trabalhador. A tese divide-se em três eixos jurídicos positivados complementares e interdependentes, adiantando que em casos de conflitos deve ser aplicado o diploma jurídico mais favorável ao trabalhador, sendo os eixos: a) normas de tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, como instrumentos que garantem um patamar civilizatório universal de direitos para o ser humano trabalhador; b) a Constituição da República de 1988, elencando expressamente no artigo 7º os direitos constitucionais trabalhistas; e c) Consolidação das Leis do Trabalho.

Ressalta-se que para reconhecer direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta não se desconhece que a dinâmica social promove mudanças nas relações de trabalho, mesmo porque a própria Constituição da República expressamente prevê a possibilidade de flexibilização de direitos sociotrabalhistas, como é o caso da irredutibilidade salarial e da jornada de trabalho. Não obstante, indisponibilidade se refere a vedação sobre alterações lesivas

que negam a premissa básica do Direito do Trabalho como instrumento de proteção do trabalhador. Assim, “a regulamentação jurídica proposta deve ser objetiva e direta, visando ao aperfeiçoamento do Direito do Trabalho, o que significa, reitera-se, que pelo menos os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta devem ser assegurados a todo e qualquer trabalhador.” (DELGADO, 2006, p.74)

Contudo, fixado o posicionamento de que o Direito do Trabalho é instrumento de valorização do ser humano e indispensável a construção da justiça social que, incorporado à matriz jurídica constitucional, a princípio não teria qualquer dificuldade para enfrentar a antítese “lucro ou pessoas”, é necessário considerar as motivações e consequências da variante a esse modelo, ou seja, a força dos argumentos econômicos na interpretação sobre o Direito do Trabalho, os quais que se apresentam como uma solução para a redução dos custos do trabalho em preterição do dever estatal de proteger o valor do trabalho digno.

### **3.2. A consciência econômica sobre o Direito do Trabalho: a formação da supersubordinação**

Como visto, a interpretação econômica sobre o direito do trabalho é um fato desde a formalização das primeiras leis. Souto Maior (2006, p. 7) denomina esse posicionamento como “consciência econômica do direito do trabalho” quando reflete sobre o movimento que defende a flexibilização de normas para a redução dos custos do trabalho. Para o jurista, aceitar que a consciência econômica sempre informou a história do trabalho desde a origem é necessário para enfrentar e desmitificar os argumentos em favor de uma interpretação econômica das normas trabalhistas.

A primeira característica que se identifica na consciência econômica do direito do trabalho é o fatalismo, usado para desqualificar a argumentação sobre as injustiças sociais ao mesmo tempo que justifica a flexibilização de normas ao argumento do mal o menor, contendo-se a possibilidade da deflagração de revoltas populares. Assim, o primeiro movimento do fatalismo é de conformação da desigualdade social como fato insuperável e inevitável no âmbito da sociedade capitalista em contexto de globalização, assumindo-se a sociedade do 1/5:

A sociedade moderna é apresentada e assumida como a sociedade do um quinto: um quinto de pessoas que se inserem no contexto social e que não tem como se preocupar com os 4/5 restantes, pois não há o que se possa fazer para reintegrá-los à sociedade. (MAIOR, 2002, p.8)



No Brasil, por exemplo, não é difícil de identificar semelhanças entre o primeiro movimento do fatalismo e a cláusula sobre a reserva do possível que atualmente tem justificado a inércia do Poder Público na concretização de direitos sociais ante a alegada incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.<sup>4</sup>

Sendo a desigualdade social inevitável e aceito o argumento de que a capacidade estatal de implementar políticas públicas é limitada, no segundo movimento do fatalismo "imperava a ideologia econômica e, mais ainda do mal o menor". Assim, "é melhor se integrar à sociedade da forma como for possível do que estar, irremediavelmente, alijado", tornando-se um acalanto ao sentimento de impotência da sociedade de 1/5. (MAIOR, 2002, p.9)

No âmbito do mercado de trabalho, o sentimento de impotência ainda é potencializado com a "culpa" sentida por aqueles que possuem um emprego em relação ao número de trabalhadores desempregados, mesmo nos casos que a precariedade das contratações tenha por consequência direta a negação dos direitos trabalhistas.

Nesse processo, o aceite dos postulados da flexibilização promove a inversão da própria finalidade do Direito do Trabalho de instrumento de justiça social passando a ser mero mecanismo de negociação entre empregadores e empregados que se amolda facilmente as circunstâncias econômicas, ocorrendo "uma mudança na denominação do direito do trabalho, que começa a ser visto como "direito ao trabalho", não importando qual trabalho."(MAIOR, 2002, p. 11)

Essas pessoas, portanto, assumem a consciência de sua "inferioridade", não se identificam como verdadeiros cidadãos e ainda, quando empregadas, possuem um sentimento de culpa, que lhes é inculcado, em razão do grande número de trabalhadores desempregados. Há, conseqüentemente, perda completa da dignidade nas relações de trabalho e uma impossibilidade concreta de alteração por ato de revolta dos injustiçados. (MAIOR, 2002, p. 10)

Sob esses primas, cumpre observar que a implementação do trabalho intermitente frequentemente faz uso do fatalismo como justificativa, sobretudo da segunda característica, quando apresenta a solução ao que entende por enrijecimento da legislação do trabalho que dificulta a geração de empregos. Nesse ponto, interessa destacar trecho do parecer da Comissão

---

<sup>4</sup> Não se ignora que a implementação de direitos sociais também está subordinada a capacidade financeira do Estado, mesmo porque depende de uma atuação positiva. Contudo, "a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade." (STF, RE 956.475/RJ, Rel. Min Celso de Mello)

de Assuntos Econômicos do Senado Federal, quando votando pela aprovação da reforma trabalhista entendeu que a eficácia dos direitos constitucionais trabalhistas poderia ser estendida para mais trabalhadores pudessem usufruí-los:

Vinte milhões de brasileiros não têm acesso ao direito trabalhista mais básico: o direito ao emprego. Outros 35 milhões estão na informalidade, não podendo gozar dos direitos trabalhistas dos arts. 7º e 8º da Constituição. Para esses brasileiros, desempregados ou informais, não existem direitos constitucionais como o 13º, as férias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O futuro é o que fazemos agora. E o futuro é aprovar uma reforma trabalhista para criar um mercado de trabalho que funcione para todos, que gere oportunidade para todos e que permita que as brasileiras e os brasileiros realizem todo o seu potencial e rumem à prosperidade. A legislação trabalhista e a jurisprudência trabalhista podem ser muito boas para os incluídos. O Congresso Nacional tem que olhar para o conjunto da sociedade, preservando os direitos e conquistas dos incluídos, mas tendo cuidado também para com os excluídos. São eles os verdadeiros precarizados da nossa sociedade. (BRASIL, 2017)

Na prática, o legislador entende que a mera normatização do trabalho informal é suficiente para concretização das garantias constitucionais dos trabalhadores. A esse propósito, contudo, observa-se a geração apenas de “semi-empregos”, potencializando-se a subordinação diante das más condições de trabalho, bem como pela manutenção da exclusão social em decorrência da ineficiente distribuição de renda e poder de participação na vida social.

Nesse ponto, a supersubordinação, conceito criado pelo jurista Souto Maior, é essencial para compreender esse cenário de inversão do raciocínio em matéria trabalhista. Primeiro, é necessário recordar que a subordinação jurídica, como elemento estrutural da relação empregatícia, é inerente a prestação de serviços e não a pessoa do trabalhador.

Assim, “a subordinação, embora traga essa conotação semântica do trabalho sob as ordens de outrem, não se limita a isso, pois a razão de ser do Direito do Trabalho, como visto, está muito além do aspecto de uma pessoa, individualmente considerada, submeter sua atividade aos comandos alheios”. (MAIOR, 2008, p.173).

No entanto, para que a interpretação econômica do Direito do Trabalho sobressaia ao pressuposto de contenção dos efeitos da exploração do trabalho pelo capital, a estratégia exige que o conceito da subordinação seja distorcido pela aparência de liberdade e, assim, esquivar-se das características e consequências jurídicas da relação de emprego.

Nesse contexto, o primeiro dado de desenvolvimento da supersubordinação é o conceito do trabalhador parassubordinado, o qual quase sempre também é um supersubordinado. A parassubordinação, por sua vez, surge da lógica moderna em que o trabalhador é meio subordinado, meio autônomo, criando uma zona cinzenta entre a definição de autônomo, subordinado e parassubordinado. Nessa perspectiva, a parassubordinação promete que a

autonomia deve ser o pressuposto da melhoria da condição social e econômica do trabalhador, afirmando-se que a liberdade e a dignidade só podem ser alcançadas fora do trabalho subordinado. (MAIOR, 2008, p.174)

No entanto, não raras as vezes em que a autonomia é confundida com mero aumento da liberdade na execução dos serviços, pois o trabalhador não alcança a condição de capitalista, sequer ostenta os meios de produção e usufrui integralmente do fruto do seu trabalho.

A consequência, por óbvio, é a proteção jurídica do parassubordinado ser inferior à das outras duas outras categorias bem definidas pois, como parâmetro jurídico intermediário, direitos trabalhistas são menos evidentes ficando à mercê da jurisprudência que pode ou não lhe conceder direitos. “Assim, do ponto de vista geral, em vez de ampliar o leque social de incidência do Direito do Trabalho, caminha-se em direção contrária”. (MAIOR, 2008, p.167)

**Na perspectiva da teoria da parassubordinação há, por certo,** o reconhecimento da existência de um movimento de fuga da configuração da relação de emprego, mas a teoria, em vez de servir para apontar os equívocos da situação, do ponto de vista da preservação do pacto do Estado Social Democrático de Direito, simplesmente acaba representando uma **mera adaptação à situação imposta pelos arranjos econômicos. Assim, até se tenta fazer uma leitura correta da realidade, mas comete-se o sério equívoco de apenas legitimá-la, oferecendo-lhe um tipo jurídico específico.** (MAIOR, 2008, p. 167 – *grifos nossos*)

A supersubordinação, por sua vez, surge do projeto de acumulação de capital sem respeito aos direitos sociais, sobressaindo apenas o dado da exploração. Assim, o indivíduo trabalhador que tem seus direitos fundamentais negados é reduzido à força de trabalho que também o submete a uma condição de subcidadania. “A compensação de natureza social não existindo gera uma superexploração” (MAIOR, 2008, p.180).

O supersubordinado não é um tipo específico de trabalhador. É a designação do trabalhador, em qualquer relação de emprego, que tenha tido a sua cidadania negada pelo desrespeito deliberado e inescusável aos seus direitos constitucionalmente consagrado. Não se pode conceber que o ordenamento jurídico agasalhe um pretenso “direito a desrespeitar direitos fundamentais. (MAIOR, 2008, p.180)

É importante ressaltar que nem toda violação aos direitos trabalhistas pode ser considerada como supersubordinação, pois a configuração demanda deliberada fraude aos direitos sociotrabalhistas visando obter vantagem econômica. Nessa situação, da supersubordinação é possível identificar danos de natureza social relativo ao que representa o Direito do Trabalho frente a coletividade, sobretudo como instrumento de redução das

desigualdades sociais, bem como identificar danos de natureza pessoal ao trabalhador reduzido a meio de aquisição de capital.

Essa tentativa de desvincular o trabalho do capital também tem como consequência a transferência do custo do trabalho ao próprio trabalhador. No âmbito do Poder Judiciário, o jurista critica a distorção da subordinação evidenciada na adaptação da própria jurisprudência as novas ficções criadas no âmbito do Direito do Trabalho, perdendo-se a lógica de existência dos Direitos Sociais. Nesse sentido, reflete:

Cada vez que se nega, jurisprudencialmente, a existência da relação de emprego em relações de trabalho não autônomas, ou seja, naquelas em que uma pessoa vende sua força de trabalho com habitualidade a outrem, que explora economicamente o resultado do trabalho, ou que o utiliza para satisfação de um interesse particular, tomando-se por base um dado periférico (não-cumprimento de horário fixo, não recebimento de ordens diretas, recebimento por comissão, recebimento de alta remuneração), estabelece-se uma abertura no padrão jurídico da configuração da relação de emprego que vai sendo apropriado pelo capital. Com isso, a relação de emprego tende mesmo a uma situação excepcional. (MAIOR, 2008, p. 170)

Para o jurista, o cenário em que se apresenta a supersubordinação é útil para retomar a compreensão do papel regulador do Direito do Trabalho no sistema capitalista de produção, garantindo a inserção adequada desse ramo jurídico a realidade atual sem que o raciocínio seja induzido a fatalismos e evitando que esse molde caminhe numa perspectiva da inevitabilidade da linha regressiva de direitos. “O Direito do Trabalho, ademais, só existe, na qualidade de ramo autônomo do Direito, ligado à raiz do Direito Social, por conta da sua finalidade específica de impor limites ao poder econômico e promover a justiça social.” (MAIOR, 2008, p.167)

### **3.3 A supersubordinação no contrato de trabalho intermitente**

O contrato de trabalho intermitente na forma como foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro afetou substancialmente os conceitos estabelecidos sobre a jornada de trabalho e o salário. Isso porque o legislador pretendeu criar um conceito do tempo à disposição do empregador sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição até então estabelecidos. (DELGADO, 2017, p. 154).

Como visto no capítulo 1, o trabalho intermitente é modalidade de contrato prestado de forma descontínua o qual o empregado depende da convocação do empregador, porém, no período de inatividade, ou seja, enquanto aguarda a convocação, não é considerado tempo à disposição do empregador e então não é objeto de contraprestação na forma de salário.

Entretanto, essa disposição contraria a regra padrão de cômputo da jornada de trabalho estipulada no artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>5</sup>, que agrega ao tempo efetivamente trabalhado também o tempo à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens.

Ocorre que, na prática, criou-se uma modalidade de contrato de emprego sem o salário. “Ou melhor: o salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, uma vez que ele terá o seu pagamento devido na estrita medida desse trabalho ocasional.” (GODINHO, 2017, p. 155).

Observa-se que para compensar a precarização desta modalidade de contrato, primeiro o legislador previu identidade salarial aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não, na mesma atividade. E, em segundo, permite que o trabalhador também pode prestar serviços a outros contratantes, haja vista a possibilidade de o trabalhador não ser convocado mesmo até por meses, uma vez que o trabalho não foi necessário para o empregador.

Não obstante, a consequência dessa ocasionalidade salarial é a necessidade de acúmulo de empregos por um único trabalhador intermitente, em risco a sua saúde e segurança, para possuir uma renda mínima concreta, garantindo segurança jurídica e econômica para atender as suas necessidades vitais básicas e da família. Sobre isso, Antônio Umberto aprofunda a reflexão:

Entretanto, não há nenhuma garantia de salário ou de número de horas trabalhadas no texto legal. Nesse aspecto, o que poderia ser uma ideia interessante torna-se um instrumento com grande perspectiva de precarização. Ao trabalhador intermitente restará, como concebido o seu regime jurídico na norma em foco, desempenhar o papel similar aos dos pedintes de rua, mendigando horas de trabalho a seus diversos patrões ocasionais que possam garantir-lhe, com alguma sorte, alguns trocados. (UMBERTO, 2018, p. 203)

Nesse sentido, o trabalhador intermitente está situado na condição de parassubordinado/supersubordinado, pois, submetido às consequências dessa zona intermediária, em troca de meia subordinação somada a meia autonomia, pretendendo-se fugir das consequências advindas da configuração de uma relação de emprego tradicional. Assim, contrariando a própria lógica de existência do Direito do Trabalho, a regulação do contrato de trabalho intermitente propugna a redução de direitos sociais enquanto desonera o máximo

---

<sup>5</sup> Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

possível os empregadores das obrigações trabalhistas, transferindo-se o risco da atividade econômica para o empregado, contrariando a norma disposta no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.<sup>6</sup>

Importa ressaltar que embora seja novidade na legislação brasileira, o trabalho intermitente é modalidade contratual em outros países como Portugal, Itália e Espanha, no entanto, a realidade brasileira é evidentemente a que menos protege o trabalhador, sobretudo quanto à questão salarial.

Em Portugal, por exemplo, o Código de Trabalho português restringe o trabalho intermitente a empresas que desempenham efetivamente atividades descontínuas ou variáveis. O conteúdo do contrato deve indicar o número anual de horas ou dias de trabalho e, da não observância desta obrigatoriedade, considera-se o contrato celebrado sem período de inatividade. A prestação do trabalho, por sua vez, não pode ser inferior a seis meses a tempo completo, por ano, dos quais pelo menos quatro meses devem ser consecutivos. E, durante o período de inatividade, em completa diferença a realidade brasileira, o trabalhador tem direito a salário em pelo menos 20% da retribuição base.

Na Itália, o contrato pode ser celebrado na forma coletiva ou individual, “sempre que os trabalhadores sejam sujeitos desocupados com menos de 25 anos de idade ou com mais de 45, quando se encontrem fora do ciclo produtivo, ou inscritos na *liste di mobilità o di collocamento*, bem como pensionistas.” (CARNEIRO, 2010, p.25;). Embora a prestação efetiva seja condição para a retribuição adicionada de outros componentes remuneratórios, como férias e direitos assistenciais, no período de inatividade o trabalhador tem direito a *indennità di disponibilità*.

A França, por sua vez, a contratação é permitida apenas no modo coletivo, por empresa que, pela sua natureza, comportam a alternância de períodos de trabalho. O contrato deve conter previamente a repartição das horas trabalhadas e, “por convenção ou acordo coletivo pode estabelecer-se que a remuneração mensal dos trabalhadores intermitentes é independente do trabalho efetivamente prestado”. (CARNEIRO, 2010, p. 24)

Observa-se, então, que no cenário internacional as regras do trabalho intermitente podem alcançar maior segurança jurídica aos contratantes - fazendo uso dos termos da decisão do Tribunal Superior do Trabalho do item 1.1, minimizando os efeitos precarizantes desse tipo de contrato do que no modelo brasileiro em que a ampla autonomia privada atende

---

<sup>6</sup> Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (BRASIL, 1943)

exclusivamente as exigências do capital, quando a função estatal está obrigada a preservar e proteger o trabalho digno, sobretudo por meio das legislações.

Por sua vez, especificamente quanto ao salário negligenciado pela norma do trabalho intermitente, embora a princípio seja apenas uma parcela correspondente à contraprestação do trabalho, o salário traz consigo características como caráter alimentar, indisponibilidade, irredutibilidade, impenhorabilidade e periodicidade.

Nesse sentido é que a redação do artigo 7º da Constituição da República eleva o valor e a responsabilidade dessa contraprestação em compromisso com o desenvolvimento social e econômico, passando a exigir que seja suficiente para atender as necessidades vitais básicas do trabalhador “e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, dispõe os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destacando-se o inciso III do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que “Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.” (ONU, 1948).

A Convenção nº 95, da Organização Internacional do Trabalho, dedicada a proteção do salário, exige nas alíneas a e b do artigo 4º que a contraprestação “sirvam para o uso pessoal do trabalhador e de sua família e lhes tragam benefício e o valor atribuído a essas prestações seja justo e razoável.” (BRASIL, 1957). Por fim, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe aos Estados Partes “reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores uma existência decente para eles e suas famílias”, nos termos do artigo 7º do Pacto. (BRASIL, 1992).

Veja-se que, o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.442, de relatoria do Ministro Celso de Mello, já anunciou a hipótese de se conhecer, em ação apropriada, a inconstitucionalidade por omissão parcial a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, pois o Poder Público compromete a eficácia dos direitos constitucionalmente garantidos e, assim, “estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica.” (BRASIL, 2004, p. 2).

Nesse sentido, o voto do relator conduz o entendimento de que a regra do salário mínimo não é meramente programática, tratando-se, em verdade, de direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure efetivamente condições dignas de vida, preservando o poder aquisitivo desse piso remuneratório, em caráter permanente. (BRASIL, 2004, p.20).

Assim, nos termos do artigo 7º da Constituição da República, o salário possui função social que, embora na realidade brasileira nunca tenha sido capaz de atender de fato as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, é inconstitucional qualquer medida que viabiliza o recebimento a menor. No que tange o contrato intermitente, o empregado ainda perde parcela da previsibilidade de ganhos e gastos mensais relacionados ao salário, pois, diferente dos exemplos internacionais, a legislação brasileira é omissa sobre um número mínimo de horas ou dias de prestação de trabalho, ou qualquer obrigatoriedade contratual de estabelecer expressamente essa previsão.

O contrato de trabalho intermitente rompe drasticamente com essa garantia. O empregado não apenas deixa de fazer jus ao salário mínimo mensal - sendo devido apenas ao salário mínimo hora - como perde totalmente o controle de sua renda, agora que essa passa a estar atrelada à estrita necessidade do empregador. Desconsiderou-se nessa modificação legislativa que existem necessidades humanas contínuas e que precisam de uma renda fixa, determinada e certa para serem supridas, fazendo com que o trabalhador precise ter ganhos previsíveis e constantes para suprir tais necessidades. (NOGUEIRA, 2017, apud SALES, 2018, p.77)

Nesse cenário, sendo o salário mínimo um instituto concreto de distribuição de renda e poder aquisitivo, a ocasionalidade prevista no contrato de trabalho intermitente é instrumento que acentua as desigualdades socioeconômicas e, portanto, agrava a situação do trabalhador sem proteção social adequada. Importa ressaltar, nesse sentido, que “a política de valorização do salário mínimo deve ser contínua, principalmente porque o país segue resistentemente desigual. É preocupante quando, do ponto de vista de sistema produtivo, a política ainda é refém da armadilha de uma estrutura produtiva de baixos salários.” (DIEESE, 2017, p.3, apud SALES, 2018, p.77)

Além disso, fruto da condição de parassubordinado/supersubordinado que cria zonas cinzentas sobre a legislação trabalhista, a própria definição sobre qual seria o tipo de salário no trabalho intermitente resta prejudicada, pois não pode ser enquadrado inteiramente como salário-tarefa e tampouco como salário por unidade de obra, evidenciando mais ainda a atipicidade precarizante do modelo contratual.



Isso porque no salário por unidade de obra adota como parâmetro a produção alcançada pelo empregado, independentemente do tempo despendido seja efetivamente trabalhando, seja a disposição do empregador. Esse tipo de salário é ideal para as relações de trabalho que não tenha controle efetivo sobre a jornada de trabalho, como no trabalho externo, sem controle de jornada, ou no teletrabalho.

Embora a solução dada pelo salário por unidade de obra também possa ser prejudicial à saúde e segurança do trabalhador que, levada a última consequência o trabalhador poderia ficar meses sem salário por não ter alcançado a produção necessária, "um nível salarial mínimo sempre será devido ao empregado, dentro do parâmetro temporal máximo de cálculo do salário-base, isto é, o mês. Nesta linha, estabelece a Constituição a "garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável" (art. 7º, VII, CF/88)." (DELGADO, 2017, p. 838).

O salário-tarefa, por sua vez, procura combinar os critérios da unidade de obra com a unidade de tempo. "Acopla-se a um certo parâmetro temporal (hora, dia, semana ou mês) um certo montante mínimo de produção a ser alcançado pelo trabalhador." (DELGADO, 2017, p. 840). Nesse tipo salarial, a extrapolação da jornada enseja o pagamento de adicional de hora extra, conforme Orientação Jurisprudencial nº 235 da SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho. "Do mesmo modo, não será válida a redução do salário abaixo de seu parâmetro temporal mínimo de cálculo, caso o obreiro não alcance a produção estipulada para cumprimento naquele tempo." (DELGADO, 2017, p. 840).

Nesse sentido, não pode o salário do contrato intermitente ser enquadrado inteiramente no tipo unidade por obra ou no tipo salário tarefa, primeiro, porque apenas em aparência assegura o parâmetro do mínimo legal, quando em verdade não garante o recebimento mensal, tendo em vista a evidente transferência do risco empresarial ao trabalhador.

Segundo, porque tem o fator tempo como crucial para o cálculo, especificamente o tempo efetivo de prestação de serviço. Assim, "o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo convocação feita por esse empregador." (DELGADO, 2017, p. 155).

Além disso, outra questão que afeta o salário no contrato de trabalho intermitente é a multa prevista no § 4º do artigo 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho, nos casos de aceita a convocação e qualquer uma das partes descumprir, sem justo motivo, deve pagar a

outra parte prejudicada multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, no prazo de 30 (trinta) dias, permitida a compensação em trabalho por igual prazo.

Sobre essa questão, Antônio Umberto (2018, p. 206) propõe interpretações que pretendem reduzir os efeitos do descumprimento da convocação e da multa aos contratantes. Nesse sentido, aos empregados, o jurista entende que é insuficiente o pagamento de metade do salário, considerando as despesas efetuadas após o chamado patronal, como o transporte e o próprio tempo frustrado de trabalho. Ao empregador, o jurista defende a possibilidade de recebimento do valor da multa exclusivamente nos casos de não comparecimento injustificado, ou seja, incapaz de demonstrar força maior ou violação antecedente de obrigação contratual.

Ocorre que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro “não pode haver norma regulamentadora de multa pecuniária na relação empregatícia sem que a mesma não viole a irreduzibilidade salarial” (SALES, 2018, p. 82), na forma prevista no inciso VI do artigo 7º da Constituição da República. Isso porque não pode a verba salarial “ser objeto de renúncia ou de transação lesiva no desenrolar da relação empregatícia.” (DELGADO, 2017, p. 829).

Cumprido ressaltar que não se desconhece ser inerente do poder do empregador são as funções de coordenar, fiscalizar e disciplinar as atividades envolvidas na condução da empresa. O poder disciplinar, por sua vez, é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.” (DELGADO, 2017, p. 749, apud, SALES, 2018, p. 81).

No entanto, como qualquer outro direito do ordenamento jurídico brasileiro, a prática leva a limitação do exercício do poder disciplinar frente ao princípio da proteção do trabalhador. Assim, a sanção decorrente de qualquer falta do trabalhador deve ser produto proporcional entre a gravidade da falta e o dano causado para aplicação da penalidade mais adequada o caso, atendendo aos ditames do princípio da razoabilidade.

Além disso, contribui para a ilegalidade da previsão da multa no trabalho intermitente é a expressa possibilidade de o empregado trabalhar apenas para pagar a dívida com o empregador. Essa conjuntura facilmente pode esbarrar na servidão por dívida, vedada tanto pelo direito internacional como na legislação sociotrabalhistas brasileira, por ser forma de escravidão moderna na qual o trabalhador pode não receber os rendimentos devidos da contraprestação ou receber em quantia inferior ao mínimo adequado, a fim de pagar a dívida contraída com o empregador.

Mais grave do que a previsão da multa em si, que representa nítida tentativa de trazer institutos do direito civil ao direito do trabalho, o permissivo de compensação trazido pelo artigo 452-A, §4º gera situação mais gravosa e de maior risco para o obreiro.

Cria-se a possibilidade de o empregador pode voltar a chamá-lo, após a falta que originou a multa, para trabalhar somente no tempo necessário para o pagamento da referida penalidade, criando possibilidade de que haja dia de trabalho sem remuneração pelo trabalho realizado e com único objetivo de pagar dívida contraída na relação de emprego. Tal contexto nos faz retornar à época mais selvagem do início das relações empregatícias, em que o empregado contraía dívidas advindas da própria relação de emprego e se via preso numa eterna cadeia de trabalhar para pagar suas dívidas ao mesmo tempo que continuava a contraí-las de maneira inevitável e incontrolável. (SALES, 2018, p. 83)

Nesse contexto, observa-se que a multa pecuniária contraria o ordenamento jurídico sociotrabalhista brasileiro na medida em que era prevista apenas na Lei nº 6.354, de 1976<sup>7</sup>, que dispunha sobre o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, e também foi revogada pela Lei nº 12.395, de 2011, tendo em vista a manifesta ilegalidade da redução do salário, nos termos do artigo 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, “ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.” (BRASIL, 1943)

Assim, quando a própria legislação trabalhista dispõe de meios proporcionais e razoáveis para que o empregador possa punir as faltas do empregado quando não enquadrada nas hipóteses de ausência justificada, é ilegal a previsão de multa pecuniária que o impactam negativa e diretamente sobre o salário, podendo ainda permitir a concretização de uma servidão por dívida.

Em meio a evidentes ilegalidades do modelo brasileiro trabalho intermitente, tem-se ainda a potencialização da precarização do contrato quando não é exigida a intermitência da atividade para a adoção do contrato, excluindo apenas os aeronautas porque são regidos por legislação própria. Nesse sentido, a forma contratual que é benéfico, sobretudo ao empregador, cumprindo a finalidade que prometeu de reduzir os custos, como na possibilidade de pouco se comprometer com a eficácia dos direitos sociotrabalhistas, se expande de forma incontrolável e sem qualquer fundamento lógico sobre utilidade da celebração do contrato de trabalho intermitente em atividades que não compartilham da mesma característica. (SALES, 2018, p.81)

Algumas atividades, como o setor hoteleiro e empreendimentos litorâneos, são intermitentes por natureza, havendo alternância de períodos de alta e baixa demanda,

---

<sup>7</sup> Lei nº 6.354, de 1976: “Art. 15 A associação empregadora e as entidades a que a mesma esteja filiada poderão aplicar ao atleta as penalidades estabelecidas na legislação desportiva, facultada reclamação ao órgão competente da Justiça e Disciplina Desportivas. § 1º As penalidades pecuniárias não poderão ser superiores a 40% (quarenta por cento) do salário percebido pelo atleta, sendo as importâncias correspondentes recolhidas diretamente ao "Fundo de Assistência ao Atleta Profissional - FAAP", a que se refere o Artigo 9º da Lei nº 6.269, de 24 de novembro de 1975, não readquirindo o atleta condição de jogo, enquanto não comprovar, perante a Confederação, a Federação ou a Liga respectiva, o recolhimento, em cada caso.”

cenário em que seria justificável a celebração do contrato intermitente para que não se faça necessário recrutar novos empregados temporários toda vez que o período de atividade intensa chegar. Noutro sentido, empreendimentos com demandas estáveis e recorrentes não têm necessidades reais de firmar esse tipo de contrato, haja vista que o padrão de demanda é facilmente percebido e é dever do empreendedor/empregador adequar a força de trabalho à demanda do negócio, não havendo justificativa lógica para tal se não o barateamento e a precarização da mão de obra com nítidos traços de mercantilização do trabalho. (SALES, 2018, p.81)

Por isso, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, pretendendo modular os efeitos do trabalho intermitente, fundamentou a decisão que deu provimento ao Recurso Ordinário no Processo nº 0010454-06.2018.5.03.0097 para declarar nulo o contrato que não foi realizado para atender atividade empresarial descontínua, caracterizando mera substituição de posto de trabalho efetivo em detrimento da garantia de patamares mínimos de condições de trabalho e remuneração.

Nesse cenário, sob a lógica do fatalismo argumentando-se pelo mal o menor, transferindo-se ao trabalhador empregado o sentimento de culpa e a suposta posição privilegiada de ter um emprego, o trabalho intermitente é uma realidade para os empregados que pouco podem negociar os termos do contrato, seja pela baixa instrução, seja pela pouca experiência profissional, abdicando de garantias trabalhistas fundamentais para se verem empregados e garantirem o sustento próprio e da família, uma vez que a força de trabalho é o único meio de renda possível.

Assim, do ponto de vista social, o trabalho intermitente representa uma regressão as garantias trabalhistas, especialmente no que tange o salário, pois comete o equívoco de relacionar o capital com o trabalho sem a contrapartida das obrigações sociais.

Importa ressaltar que o Direito do Trabalho “trata-se de um fenômeno jurídico que envolve aspectos sociais, macroeconômicos e políticos extremamente relevantes. Base dos Direitos Sociais, acabou representando a imposição de limites necessários ao capitalismo, servindo-lhe, ao mesmo tempo, como oxigênio” (MAIOR, 2008, p.172). Da mesma forma:

Em relações entre desiguais, o Direito deve interferir na realidade, forjando-a, para o fim da produção da justiça social. Para legitimar a lei do mais forte não se precisa de um Direito Social. Aliás, para a produção de injustiças não se precisa do Direito. Pode deixar que as injustiças se produzem por si. (MAIOR, 2008, p.168)

Nesse sentido, faz-se necessário estabelecer que a simples criação de mais postos de trabalho não contribui necessariamente para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Desse modo, a pretensa inserção de mais trabalhadores no mercado de trabalho deve observar que os direitos sociotrabalhistas constituem um patamar mínimo civilizatório.

## CONCLUSÃO

A formalização do trabalho intermitente no ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, demonstra que a distorção do conceito da subordinação jurídica pela aparente autonomia do trabalhador no empreendimento dos próprios objetivos pode, em verdade, potencializar a exploração e reduzir os custos do trabalho apenas porque uma parcela do risco da atividade econômica é transferida aos empregados, situação de que viola a previsão do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse contexto, as alterações dos efeitos jurídicos da jornada de trabalho e do salário anulam o fundamento do Direito do Trabalho como instrumento de afirmação do indivíduo trabalhador e emancipação coletiva orientado a salvaguardar a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a cidadania, para adaptá-lo a realidade fática sem observar que isso representa uma restrição às garantias trabalhistas mínimas.

Nessa perspectiva, a análise sobre a teoria da interpretação construtiva que usa o direito como integridade desenvolvida por Ronald Dworkin, observou-se que a decisão judicial pode oferecer uma adequação justa e legítima de leis e dos valores comunitários para uma melhor justificativa e legitimação da atividade judiciária, em diálogo dos argumentos de que emite a lei, das decisões do passado e do ideal que marca o próprio conceito do direito em análise

Em meio ao aumento da utilização fraudulenta de leis trabalhistas, a reconstrução da base fundamental dos direitos do trabalho exige, portanto, que, em um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário empregue os instrumentos a sua disposição para verificar a compatibilidade das normas com o sistema jurídico posto, sobretudo com as normas constitucionais de proteção ao trabalhador, para não só aplicar a lei ao caso concreto de forma ineficaz para a concretização das necessidades locais e da justiça social.

Posto isto, é possível criticar a decisão tomada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista do processo nº 10454-06.2018.5.03.0097, pois, ao condicionar a interpretação estritamente aos termos do artigo 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho, pretendendo se aproximar do modelo positivista, apresenta fundamentação insuficiente tanto pelo o que se propõe a observar o princípio da legalidade, como para rebater os argumentos sustentados pela parte reclamante e pela decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Não se trata de defender uma conduta antijurídica por parte do Tribunal Superior do Trabalho, ao contrário, pois o contrato de trabalho intermitente é inconstitucional porque viola

o inciso IV do artigo 7º da Constituição da República, referente ao direito dos trabalhadores de um salário mínimo, fixado em lei, e suficiente para atender às próprias necessidades básicas e de sua família, violando conseqüentemente o princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, na forma prevista do inciso III do artigo 1º da Constituição da República.

Além disso, o contrato intermitente não atende condições mínimas de previsibilidade, permanência, segurança jurídica e desenvolvimento profissional do trabalhador no mercado. Sobre isso, cumpre ressaltar que o próprio Tribunal Superior do Trabalho entendendo que as disposições legais relativas à duração do trabalho são de ordem pública, tem jurisprudência invalidando jornada móvel porque prejudicial ao trabalhador, destacando-se o Acórdão da 8ª Turma no Recurso de Revista nº RR-9891900-16.2005.5.09.0004. No caso, os empregados também ficavam à disposição do empregador aguardando convocação e, no entanto, somente recebiam pelas horas trabalhadas, aumentando o lucro da empresa porque é pago o mínimo possível ao trabalhador que também passa a assumir os riscos do negócio.

Para tanto, concluindo-se que a declaração de inconstitucionalidade é a interpretação correta a se fazer sobre o contrato de trabalho intermitente, especialmente ao caso Recurso de Revista RR nº 10454-06.2018.5.03.0097, analisado nesta pesquisa, não descartando-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal, o resultado também poderia ser alcançado por meio do procedimento de arguição de inconstitucionalidade, em controle difuso, a qual poderia ser suscitada pelo relator, por qualquer Ministro ou a requerimento do Ministério Público, no curso do julgamento do processo.

Sendo assim, sabe-se que o Direito como um fenômeno social não poderia ser indiferente as transformações dos modos como a sociedade se relaciona. Contudo, as mudanças experimentadas na legislação necessariamente devem ampliar o rol de direitos adquiridos pelos cidadãos, principalmente no que tange aos direitos sociais que possuem valores econômicos, sociais e culturais com o objetivo de promover uma compensação das desigualdades entre as pessoas por meio da atuação positiva do Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato?**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 84, n. 1, p. 349-376, jan./mar. 2018.

BRASIL. Constituição. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1943.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957. **Promulga a Convenção Internacional do Trabalho nº 95 firmada pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1957.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1992.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário nº 10454-06.2018.5.03.0097**. Relator: Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior. Julgado em 29/10/2018. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Minas Gerais, MG, 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 10454-06.2018.5.03.0097**. Acórdão. 4ª Turma. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Julgado em 07/08/2019. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília, DF, 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.442**. Plenário. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 03/11/2004. Diário da Justiça. Brasília, DF, 2004.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos**. Relator: Senador Ricardo Ferraço. Brasília, DF, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**, in: Revista de direitos e garantias fundamentais, Vitória, n.2, p. 11-39, jan./dez. 2007.

\_\_\_\_\_.; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017b

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

\_\_\_\_\_. **O trabalho enquanto suporte de valor**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n°.49, p. 58-80, jul/dez. 2006.

\_\_\_\_\_.; AMORIM, Helder Santos. **A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 75-89, jul./set. 2014.

\_\_\_\_\_.; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 199-219, abr./jun. 2013.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. (DIEESE). **Política de Valorização do salário mínimo: depois de 20 anos, reajuste fica abaixo da inflação (INPC)**. Nota técnica. n. 166, jan. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



CANEIRO, Joana. **O contrato de trabalho intermitente - A relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A fúria**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 3, p. 96-137, jul./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. **A supersubordinação – invertendo a lógica do jogo**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v.48, n.78, p.157-193, jul./dez.2008.

MENDES, Gilmar Ferreira et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **O Contrato de Trabalho Intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira: contraponto com o modelo italiano**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n.51, p. 127-148, 2017.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris, 1948.

SALES, Alan Jorge Pinheiro; OLIVEIRA, Débora da Silva de. **Trabalho intermitente: entre a inovação e a precarização**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 22, n. 2, p. 73-84, dez. 2018.

SENS, Sheila Catarina da Silva. **A Teoria Interpretativa de Dworkin: um modelo construtivo**. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, Minas Gerais, v.16, n. 31, p. 1-28, 2013.

SUPIOT, Alain et. al. **Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

UMBERTO, Antônio et. al. **Reforma Trabalhista – análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Riddel, 2018.