

Data de aprovação: ____/____/____

TRABALHO INTERMITENTE: UMA ANÁLISE ACERCA DE TAL MODALIDADE DE TRABALHO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Marlon Rafael Tavares de Araújo¹

Prof. Me. Edinaldo Benício de Sá Júnior²

RESUMO

A reforma trabalhista de 2017 (Lei n.º 13.467) alterou alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, dentre tais alterações, dispôs acerca da modalidade de trabalho intermitente. O objetivo da presente pesquisa, então, é analisar tal modalidade de trabalho, à luz da Constituição Federal de 1988 (CF), ou seja, se é um instituto trabalhista constitucional. Tal pesquisa mostra-se relevante, pois a Constituição Federal de 1988 completa, nesse ano de 2018, 30 anos de existência e sempre deve ser celebrada e estudada, uma vez que todas as disposições normativas infraconstitucionais devem estar em conformidade com ela. Nesse contexto, a presente pesquisa pretende analisar se a modalidade de trabalho intermitente é constitucional, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho e da vedação ao retrocesso social. Além disso, analisar-se-á tal modalidade de trabalho à luz da disposição da Constituição Federal de 1988 sobre a garantia da percepção de todo trabalhador ao salário mínimo. Diante disso, percebe-se que o trabalho intermitente mostra-se evidentemente inconstitucional, pois fere, tanto princípios fundamentais constitucionais, quanto mitiga direitos trabalhistas previstos na constituição brasileira mais recente.

Palavras- chave: Constituição Federal de 1988. Modalidade de trabalho intermitente. Inconstitucional.

¹ Bacharelado do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: marlon.r.t@hotmail.com.

² Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Professor Universitário e Coordenador da Pós em Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: beniciodesa@outlook.com.

INTERMITTENT WORK: AN ANALYSIS OF THIS TYPE OF WORK, IN LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988.

ABSTRACT

The labor reform of 2017 (law n.º 13.467) has changed some devices of the Consolidation of Labor Laws (CLT) and in those changes has gone over the intermittent work modality. The objective of the present research, therefore, is to analyze this work modality in the light of the Federal Constitution of 1988 (CF); that is to say – if it is a constitutional work institute. This research shows its importance because the Federal Constitution of 1988 (CF) is completing in 2018 30 years of existence, and it should always be celebrated and studied; once all infra-constitutional legal provisions must be in accordance to it. In this context, the present research intends to analyze if the intermittent work modality is constitutional, based on the principle of the dignity of the human person, on the social valorization of work and on the veto to social regression. Furthermore, this work modality will be analyzed in the light of the provision of the Federal Constitution of 1988 (CF) about the guarantee of minimum salary to every worker. Facing this, it is noticed that the intermittent work is shown to be clearly unconstitutional, for hurting, both fundamental constitutional principles and mitigating workers' rights set in the most recent Brazilian constitution.

Keywords: Federal Constitution of 1988. Intermittent work modality. Unconstitutional.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como escopo tratar sobre a Lei 13.467/2017, mais especificamente sobre a modalidade de trabalho intermitente, fazendo uma análise acerca das suas principais características, sob à luz da Constituição Federal de 1988, a fim de se responder o seguinte questionamento: a modalidade de trabalho intermitente é constitucional?

Para isso, será feito, no segundo capítulo, um breve histórico sobre a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), editada no ano de 1943, analisando sobre como era antes da reforma trabalhista de 2017, como se davam as relações de trabalho e quais as mudanças que ocorreram após essa referida reforma na CLT.

Além desse breve histórico, serão feitas considerações acerca da medida provisória n.º 808, a qual modificou alguns pontos da Consolidação das Leis do Trabalho, após a sua reforma mais recente. Tal medida provisória vigeu de novembro de 2017 até abril de 2018, quando, então, deixou de produzir os seus efeitos.

Após essa análise histórica sobre a CLT e sobre a medida provisória n.º 808, será abordada a mudança trazida pelo advento da Lei 13.467/2017, no que tange à modalidade de trabalho intermitente, a fim de responder se tal modalidade de trabalho é constitucional.

Após, no terceiro capítulo, será feito uma breve explanação acerca da Constituição Federal de 1988, no tocante a sua criação e como o constituinte originário tratou sobre os direitos e garantias fundamentais e sociais de todo cidadão e, mais especificamente, também, acerca dos direitos dos trabalhadores.

Em seguida, no quarto capítulo, após ser feita uma breve análise sobre os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, será abordado o conceito de constitucionalidade, sob alguns vieses trazidos pela doutrina constitucionalista, pois, necessário se faz tal elucidação conceitual, para que possa haver um melhor entendimento sobre a presente pesquisa.

No quinto capítulo, será abordada a modalidade de trabalho intermitente à luz dos princípios previstos na constituição brasileira mais recente, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da valorização social do

trabalho, nos termos do art. 1º, incisos III e IV da CF, buscando-se entender como a doutrina e a jurisprudência tratam sobre esses princípios e se a referida modalidade de trabalho intermitente está em conformidade com tais princípios.

Ademais, ainda no quinto capítulo da presente pesquisa, a modalidade de trabalho objeto do presente estudo, será analisada, sob a ótica do princípio da vedação ao retrocesso social, nos termos do art. 3º, II da CF, o qual dispõe que constitui como um dos objetivos fundamentais da república, garantir o desenvolvimento do país, vedando qualquer tipo de retrocesso nacional.

No sexto capítulo, após analisar-se a modalidade de trabalho intermitente à luz de alguns princípios previstos na Constituição Federal de 1988, tal modalidade de trabalho será analisada à luz dos direitos trabalhistas previstos nos termos do artigo 7º da CF, com a finalidade de saber se há consonância entre o trabalho intermitente e os direitos trabalhistas previstos constitucionalmente.

O enfoque desse capítulo recairá sobre a previsão, mais especificamente, do art. 7º, incisos IV e VII da CF. Tais incisos versam sobre o direito do trabalhador em receber, pelo menos, o salário mínimo previsto em lei, tanto o trabalhador com jornada fixa, ou seja, o que trabalha até 8 horas por dia (regra geral), quanto àquele que possui jornada variável de trabalho, uma vez que ambos possuem o mesmo direito à percepção mínima salarial prevista nos termos da lei.

Além disso, tendo em vista que a reforma trabalhista não foi uma unanimidade entre todos os atores sociais, serão analisadas algumas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's), contrárias à modalidade de trabalho intermitente, no que tange ao teor de tais demandas, a fim de analisar-se quais foram os argumentos trazidos e se tais argumentos possuem pertinência jurídica ou não.

Ao final, no sétimo capítulo, será possível chegar a conclusão, se a modalidade de trabalho intermitente está em conformidade com os parâmetros previstos na Constituição brasileira de 1988, tanto no que se refere aos seus princípios fundamentais, quanto aos direitos dos trabalhadores, expressos no artigo 7º da CF.

2 O DIREITO DO TRABALHO ANTES E APÓS A REFORMA TRABALHISTA DE 2017

O Direito do Trabalho pode ser subdividido em duas vertentes: Direito Coletivo e Direito individual do Trabalho. O Direito Coletivo trata acerca da proteção de interesses dos trabalhadores de uma certa categoria ou de empresários, ocorrendo de uma forma mais abstrata.

Por outro lado, o Direito Individual do Trabalho trata dos direitos sociais do trabalhador, de uma forma mais concreta, preocupando-se com o empregado em sua esfera particular, uma vez que esse empregado necessita de uma proteção em sua esfera particular (CASSAR, 2018, p. 27).

Destarte, percebe-se que o Direito do Trabalho, preocupa-se em proteger os direitos dos trabalhadores em seu âmbito particular e coletivo, no tocante ao trabalhador, individualmente, e aos sindicatos dos trabalhadores, que são a base do Direito Coletivo.

No ano de 2017, a CLT foi modificada em alguns pontos, quais sejam, em relação às férias, jornada de trabalho, novas modalidades de trabalho (inclusive com a inclusão da modalidade de trabalho intermitente), entre outras mudanças.

No que se refere ao período de férias e descanso, segundo Cassar, a CLT de 1943 trazia um período de férias de 30 dias, que poderiam ser fracionados em 2 vezes (de forma excepcional), sendo que um desses períodos deveria ser de, no mínimo, 10 dias (hoje é possível fracionar em até 3 vezes, um período de, no mínimo 14 dias e os outros de, no mínimo, 5 dias). No tocante ao descanso do trabalhador, este tinha o direito, se trabalhasse 8 horas diárias, a um período entre 1 e 2 horas de descanso, sendo permitido diminuir esse intervalo para 30 minutos, conforme disposição do art. 611-A CLT (dispositivo não alterado em 2017).

Em relação à jornada de trabalho, o limite era de 8 horas diárias, 44 horas por semana e 220 horas mensais, sendo possível trabalhar, no máximo, 2 horas extras. Além disso, entendia-se que o tempo de deslocamento até a empresa, a qual fosse de difícil acesso, deveria ser computado como jornada de trabalho e isso foi alterado com a reforma trabalhista.

Além do que, a reforma trabalhista de 2017, trouxe a previsão de novas modalidades de trabalho, inexistentes, portanto, na CLT de 1943. Uma delas é o trabalho remoto, em que o trabalho todos os equipamentos usados pelo empregado e os seus demais gastos, deverão ser acertados nos termos do artigo 75-D da CLT. Ademais, inexistia a previsão da modalidade de trabalho intermitente antes da reforma trabalhista (CASSAR, 2017).

Diante disso, nota-se que ocorreram mudanças em alguns institutos da CLT de 1943 e para a reformada em 2017, como já citados, todavia, não houve apenas uma mudança nas leis trabalhistas nesse respectivo ano, mas, fora editada uma Medida Provisória (MP 808/17), que trouxe mais algumas alterações no período de sua vigência e é salutar que se façam algumas considerações a respeito dessa MP.

2.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 808 de 2017

Segundo a professora Doutora Vólia Bomfim Cassar, a MP 808/17, editada em 14 de novembro de 2017, a qual teve sua vigência encerrada no dia 23 de abril de 2018, trouxe algumas disposições acerca da jornada 12x36, da gestante, entre outras alterações normativas.

À princípio, Cassar aduz que o art. 2º da referida Medida Provisória, resolve uma possível controvérsia em relação aos contratos de trabalho em vigência, ao afirmar que esses contratos serão regidos pelos termos da Lei 13.467/17, independentemente se a nova lei é mais benéfica ou não para o trabalhador.

Além disso, a MP 808/17 trouxe uma alteração ao artigo 59-A CLT, ao prevê que uma possível compensação que possa ser feita, quando a jornada de trabalho for no sistema 12x36, ou seja, quando o trabalhador labora por 12 horas e descansa por 36 horas, apenas através de uma norma coletiva, em regra.

Segundo Cassar, a MP 808 trouxe um avanço em relação à gestante, a quais é, automaticamente, afastada do trabalho, quando o local em que exerce a sua função for considerado insalubre, em regra, salvo se apresentar laudo médico que permita que ela trabalhe em local, cuja insalubridade seja considerada mínima ou média. Portanto, não receberá mais nenhum adicional

de insalubridade, vez que não será mais submetida à tal contexto (CASSAR, 2017).

Portanto, percebe-se que alterações na esfera trabalhista ocorreram em 2017, com a criação da Lei 13.467/17 e, em seguida, com a MP 808/17. Diante desse cenário, salutar se faz que seja elucidado qual o conceito de trabalho intermitente e como o legislador trouxe tal modalidade de trabalho na CLT.

2.2 A REFORMA TRABALHISTA E O TRABALHO INTERMITENTE

O advento da reforma trabalhista implementada no ano de 2017 (Lei n.º 13.467/17), trouxe consigo algumas modificações de disposições normativas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por exemplo, no tocante a modalidade de trabalho intermitente, a qual prevê que o trabalhador seja remunerado, tão somente, pelas suas horas trabalhadas, trazendo termos diversos do que ocorria anteriormente à reforma trabalhista.

Pensando em criar uma nova concepção no tocante às relações de trabalho, o legislador da referida reforma decidiu por implementar a modalidade de trabalho intermitente, nos termos do artigo 443, parágrafo 3º da CLT³, o qual dispõe que é considerado contrato de trabalho intermitente àquele, no qual o empregado presta os seus serviços de forma não contínua, havendo a alternância de períodos com prestação ou não de serviços.

Além disso, em tal modalidade de trabalho, as partes podem pactuar a forma de contagem da jornada de trabalho, quer seja em horas, dias ou meses, independente do ramo de atuação do empregado e do empregador. Tal mudança é possível, vez que, nesse caso, o empregado não fica vinculado ao seu empregador por 44 horas semanais, mas apenas no período pactuado no contrato de trabalho intermitente.

Além do que, o legislador trouxe uma previsão expressa de como deve ser o formato do contrato de trabalho intermitente e quais as suas regras, nos termos do artigo 452-A da CLT, o qual aduz que tal contrato deve ser feito por

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

escrito, não podendo o valor da hora de trabalho ser inferior ao valor da hora do salário mínimo ou da que for paga para todos os demais empregados que trabalhem na mesma categoria.

No tocante à convocação do trabalhador em tal modalidade de trabalho, esta deve ocorrer com, no mínimo, três dias de antecedência, nos termos do parágrafo 1º do artigo 452-A da CLT e, conforme previsão no parágrafo seguinte do mesmo artigo, o empregado convocado terá o prazo de um dia útil para aceitar ou recusar a convocação feita pelo seu patrão, entendendo-se o seu silêncio como uma recusa à convocação.

Pode-se dizer que há uma distinção entre o trabalho subordinado e o autônomo, a qual pode ser feita sob a ótica da integração do empregado na organização em que ele trabalha, ou seja, tal diferença ocorre quando se verifica se o empregado é um membro integrado ou não à empresa em que ele trabalha (BARROS, 2016, p. 187).

O parágrafo 3º do artigo 452-A da CLT traz uma nova concepção do que o diploma celetista considera ser “subordinação”, pois afirma que não se considera insubordinação do empregado caso ele recuse a convocação feita pelo seu empregador, independente da motivação que levou à recusa, e se fosse considerada a regra geral, nos termos do art. 4º da CLT⁴, o empregado não poderia descumprir tal convocação feita pelo seu empregador.

Ademais, o já mencionado art. 4º da CLT traz, também, a regra geral, no tocante ao conceito de tempo à disposição do empregador, o parágrafo 5º do artigo 452-A da CLT altera tal conceito, ao aduzir que o tempo em que o empregado esteja inativo, não será considerado como tempo à disposição do empregador e que, portanto, não terão os seus efeitos jurídicos pertinentes à regra geral (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 154).

Assim sendo, em regra geral, o período em que o empregado não esteja executando os seus serviços no seu local de trabalho, mas que esteja à disposição de seu empregador, para cumprir eventuais ordens que sejam emanadas por seu chefe, ele será remunerado.

⁴ 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

Portanto, pode-se dizer que tal instituto surgido com a reforma trabalhista, pode conter, em seu escopo, matéria inconstitucional, a depender da interpretação dada a previsão celetista acerca de tal modalidade de trabalho, conforme será desenvolvido mais adiante. Contudo, é salutar que, antes, seja dada uma breve explanação acerca de como foi concebida a constituição brasileira mais recente e quais os seus princípios basilares.

3 COMO SE DEU A ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?

Ao entender-se que era necessário haver uma mudança constitucional, e uma vez que o poder originário possui total liberdade para dissolver uma Constituição e criar uma nova, como ocorreu em 1988, existe a possibilidade de que esses constituintes entendam que a Constituição anterior se exauriu e que precisa-se criar uma nova Constituição, através de uma espécie de autodissolução da que era vigente (BRANCO; MENDES, 2012, p. 160-161).

A Constituição Federal de 1988 foi criada à partir da criação da emenda constitucional 26/85⁵, que dispõe, em seu primeiro artigo, que a Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão em Assembleia Constituinte livre e soberana em 1º de janeiro de 1987, para criar-se uma nova Constituição da República.

A referida emenda constitucional da Constituição de 1967, tinha por objetivo convocar uma assembleia constituinte, a qual serviria para elaborar a Constituição da República de 1988, dispondo sobre como seriam escolhidos os membros responsáveis pela elaboração dessa nova Constituição, informando, ainda a data e o quórum mínimo para deliberar (BARROSO, 2010, p. 134).

No tocante ao poder constituinte, segundo Zagrebelsky, esse poder não possui qualquer limite jurídico e não é dividido com outros atores. Já Meirelles Teixeira aduz que o poder constituinte não está vinculado a nenhuma regra jurídico-positiva e possui uma característica de superioridade, uma vez que é ele quem estabelece todos os outros poderes do Estado.

⁵ Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

George Burdeau aduz que o poder constituinte possui três características, quais sejam, ser considerado um poder inicial, pois não há qualquer outro poder acima dele, sua autonomia, tendo em vista que, tão somente, o titular do poder constituinte é quem decide qual a concepção de Direito far-se-á presente e, por último, o poder constituinte também é incondicionado, pois não encontra-se abaixo de nenhuma outra norma (TAVARES, 2012, p. 59).

Destarte, o poder constituinte originário, ao possuir tais características já elencadas, pode criar uma nova Constituição com liberdade e autonomia, pois entendeu-se, à época, que necessário seria que fosse feito dessa maneira, tendo em vista a edição da emenda constitucional 26/85, que já tratou sobre a criação uma nova Constituição Federal.

Além do mais, não obstante a CF tenha tido a sua criação oportunizada por uma emenda constitucional, considerou-se que deveria haver uma mudança no ordenamento jurídico pátrio, entendendo-se que a Constituição anterior exauriu-se, como já dito e, além disso, tendo como características marcantes uma Constituição que buscava o estado de bem-estar social, a partir da promoção de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

3.1 SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, SOCIAIS E DO TRABALHADOR

Os direitos do homem são aqueles, os quais todos os seres humanos possuem ou, ao menos, deveriam ter acesso, sendo imprescindível que ninguém deixe de tê-los, posto que seu reconhecimento é uma condição fundamental para a existência da espécie humana ou para o desenvolvimento de sua civilização (BOBBIO, 2004, p. 13).

Tais direitos que devem ser resguardados à todos os homens, segundo preleciona Bobbio, estão previstos expressamente nos artigos 5º, 6º e 7º, todos da CF, os quais tratam dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam, os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos trabalhistas.

O referido artigo 5º trata dos direitos individuais e coletivos, trazendo um rol de incisos que asseguram a inviolabilidade ao direito à vida, liberdade,

segurança e propriedade, conforme disposto em seu *caput*. Tais direitos são assegurados a todos, sem qualquer tipo de distinção, tendo em vista que o constituinte originário buscou prezar pelo princípio da isonomia, tratando a todos de forma igual, porém os desiguais de forma desigual.

Deve-se observar, então, que esse artigo inclui, também, o estrangeiro que está no Brasil, mesmo que apenas de passagem, podendo, da mesma forma que o brasileiro, gozar de todos os direitos fundamentais dentro do solo do Brasil, tendo acesso a todos os remédios constitucionais. Beneficiadas, também da mesma maneira, são as pessoas jurídicas. Desse modo, o artigo 5º da CF serve para as pessoas físicas e jurídicas (MORAES, 2017, p. 47).

Conforme aduz o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, percebe-se como o constituinte ampliou o rol de beneficiados pelo artigo 5º da CF, até mesmo os estrangeiros, mesmo que estejam no Brasil transitoriamente, e as pessoas jurídicas, o que evidencia o caráter fundamental de tais direitos dispostos nesse referido artigo.

Ademais, no tocante o artigo 6º da CF, o constituinte de 1988 tratou sobre os direitos sociais, dispostos em seu *caput*, tais como o direito à educação, moradia, segurança, previdência social, entre outros. Desse modo, percebe-se que o constituinte prezou pelo homem individualmente e em sua esfera social, o que corrobora com o pensamento de Bobbio, já citado.

A Constituição brasileira de 1988, no que se refere aos direitos sociais, trouxe alguns avanços, colocando esses direitos no “título II” da parte que trata dos direitos fundamentais, o que colocou o fim em discussões doutrinárias, que ocorriam acerca da natureza dos direitos previstos nesse artigo. Atualmente, não se discute mais se os direitos sociais são ou não considerados direitos fundamentais (FERNANDES, 2017, p. 706).

Isso posto, nota-se a igual importância dos dois artigos constitucionais referidos acima, pois versam sobre os direitos fundamentais de mesma importância e que, por isso, devem ser resguardados a todos os cidadãos. São dois artigos constitucionais que trazem direitos que devem ser assegurados a todos os trabalhadores, em conjunto com os direitos dispostos no artigo 7º da CF.

O artigo 7º da CF trata de um assunto mais específico, que é em relação aos direitos dos trabalhadores, para os quais o constituinte originário buscou

garantir esses direitos constitucionalmente, não obstante tenham ou não esses direitos assegurados na CLT, o que mostra a importância da garantia desses direitos na vida de todo ser humano.

Por exemplo, o previsto no artigo 7º, XV da Constituição Federal de 1988, já foi objeto de decisão pelo, então, Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Sepúlveda Pertence que, ao julgar a ADI 1.675-1⁶, entendeu que, quando a Constituição Federal de 1988 prevê que o descanso do trabalhador deve ser dado “preferencialmente” aos domingos, não trata-se de uma obrigação, mas também não deve-se ficar ao arbítrio do empregador tal decisão acerca do descanso semanal do empregado.

Ou seja, ao garantir direitos fundamentais a todos os cidadãos e até, mais especificamente, aos trabalhadores, consoante disposição do artigo 7º da CF, percebe-se viés constitucional em assegurar direitos fundamentais a todos os cidadãos. Por isso, necessário é que, ao ser feita uma reforma em um diploma infraconstitucional, seja assegurado a todos os indivíduos, os direitos e garantias fundamentais e sociais previstos na CF.

Diante disso, no que tange ao trabalho intermitente, uma das novidades provenientes da reforma trabalhista e objeto da pesquisa do presente artigo, é importante que seja dada uma atenção especial para tal instituto, no que concerne a sua constitucionalidade.

Desse modo, o trabalho intermitente, ao ser analisado à luz da Constituição Federal de 1988 e no que ela propõe-se a garantir a todos os cidadãos, pode conter características que se contrapõem ao disposto na CF, no que tange aos seus artigos previstos expressamente e em relação aos princípios constitucionais, que podem estar sendo aviltados com a criação dessa nova modalidade de trabalho.

Entretanto, antes de analisar-se o trabalho intermitente à luz da constituição brasileira mais recente, é necessário que considerações sejam feitas em relação aos principais conceitos que a doutrina constitucionalista traz

⁶ Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio- CNTC, em face do Presidente da República, que dispôs, através da Medida Provisória n.º 1539-35, em seu artigo 6º, que autorizava o trabalho aos domingos no comércio varejista. Arguiu, a demandante, o disposto no art. 7º, XV, que trata acerca do descanso semanal do trabalhador, que deve ser dado, preferencialmente, aos domingos.

acerca da inconstitucionalidade de uma norma, em suas diferentes formas, para que haja uma melhor elucidação sobre a temática referida na presente pesquisa.

4 INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE OS SEUS PRINCIPAIS CONCEITOS

Conforme previsão do art. 102, I, “a” da CF, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, como deve-se conceituar “inconstitucionalidade”, tal como prevista na Constituição Federal de 1988?

Antes de ater-se em conceitos mais específicos, no que tange aos principais tipos de inconstitucionalidades existentes trazidos pela doutrina constitucionalista, necessário se faz que conceitue-se o que é inconstitucionalidade em sua forma mais ampla.

Pode-se dizer que os conceitos de inconstitucionalidade e constitucionalidade relacionam um determinado comportamento, que é uma norma infraconstitucional à Constituição Federal brasileira de 1988, verificando-se se aquela está ou não em conformidade com essa, cabendo ou não em seu sentido (MIRANDA, 2001, p. 273-274).

Dessarte, pode-se entender o conceito de inconstitucionalidade, de forma mais abrangente, como uma norma que esteja em desconformidade com a Constituição Federal brasileira mais recente. Entretanto, é salutar trazer-se conceitos mais específicos sobre o que é inconstitucionalidade.

Entende-se por constitucionalidade formal, quando há incompatibilidade entre o ato normativo em análise e o processo de sua criação, ou seja, ocorre quando uma lei infraconstitucional é aprovada através de um processo legislativo que contenha vícios, em relação às normas constitucionais que regulam o seu processo de criação (BERNARDES, 2006, p. 49).

Segundo Bernardes, diz-se que uma norma é eivada de inconstitucionalidade formal, quando o processo de sua criação se deu de maneira equivocada, nos termos previstos na Constituição Federal de 1988, não obstante possua, em seu conteúdo, matéria compatível com a Constituição brasileira mais recente.

O vício formal subjetivo pode ser percebido em relação a quem teve a iniciativa de criação de determinada norma. Por exemplo, o Presidente da República possui competência exclusiva para legislar sobre a mudança dos efeitos das Forças Armadas. Todavia, nesse caso, se um Deputado Federal legislar sobre essa matéria, essa lei criada será inconstitucional por conter um vício formal.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 2.113-1⁷, trouxe à tona a previsto no art. 1º da Constituição brasileira de 1988, afirmando que tal norma trata do princípio federativo, o qual dá autonomia aos Estados-membros de legislarem, cada qual, sobre a sua competência, prevista constitucionalmente.

Com isso, a Ministra trouxe a concepção de constitucionalidade, em seu sentido formal, uma vez que a Constituição Federal de 1988 traz as competências legislativas de cada ente da administração pública direta e, se um deles invadir a competência do outro, a norma criada será inconstitucional em sentido formal, conforme entendeu a Ministra, nesse caso concreto.

Além do conceito de inconstitucionalidade formal, necessário se faz trazer-se um conceito diverso de inconstitucionalidade, qual seja, a inconstitucionalidade em seu sentido material, para que se tenha uma visão mais abrangente sobre esse instituto disposto no direito constitucional.

O conceito de inconstitucionalidade material não relaciona-se apenas com um contrassenso direto entre uma norma infraconstitucional com o parâmetro constitucional, mas, também, quando o legislador possui algum poder desarrazoado, ou seja, é possível que tal vício de inconstitucionalidade aconteça por decorrência de excessos cometidos pelo legislador, o que acarreta no descumprimento do princípio da proporcionalidade (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1172).

⁷ Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo governador do Estado de Minas Gerais, em face da Assembleia legislativa do mesmo Estado. Trata sobre a inconstitucionalidade formal e material do art. 4º, §§1º e 3º da lei n.º 13.054/1998, alegando, a demandante, que é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo legislar sobre a criação de cargo função e emprego público, na administração direta e autárquica e aumento de sua remuneração. A inconstitucionalidade material recai sobre o afronte às regras constitucionais, no que tange ao acesso a cargos públicos, mediante concurso público. Ação julgada procedente, declarando, portanto a inconstitucionalidade de tais dispositivos.

Através desse conceito, depreende-se que a inconstitucionalidade, em seu sentido material, pode ser entendida como um fenômeno que ocorre quando o legislador age com poderes que não lhes são devidos, cometendo excessos no momento de criação da norma, excessos esses que devem ser proibidos, respeitando-se o princípio da proporcionalidade.

A inconstitucionalidade material ocorre quando há uma dissonância entre o conteúdo de um preceito normativo qualquer e uma norma constitucional. Por exemplo, se for fixada, através de lei, a remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do previsto no art. 37, IX da CF. Entende-se, nesse caso, que há uma inconstitucionalidade material, pois o conteúdo dessa norma vai de encontro com uma previsão constitucional (BARROSO, 2006, p. 29).

Nas palavras do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, pode-se conceituar que há inconstitucionalidade material quando ocorre uma afronta a um preceito normativo constitucional causada por um preceito normativo infraconstitucional, ou seja, se uma norma, no sentido *lato sensu*, tiver em seu escopo, matéria que afronte a Constituição brasileira de 1988.

Além da inconstitucionalidade formal e material, a doutrina constitucionalista traz outros conceitos relativos à inconstitucionalidade, sobre os quais é mister fazer algumas considerações e trazer os seus conceitos, que são as inconstitucionalidades por ação, omissão, direta, oblíqua, superveniente e originária.

CAPÍTULO 4.1 – OUTROS CONCEITOS ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE

Diz-se que ocorre uma inconstitucionalidade por ação quando uma norma infraconstitucional vai de encontro com a princípios e normas constitucionais. Esse conceito decorre da congruência, em sentido vertical, que deve ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro, em que uma norma hierarquicamente inferior deve estar em conformidade com uma norma de hierarquia superior, que é a Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2005, p. 47).

Segundo José Afonso da Silva, ocorre uma inconstitucionalidade por ação quando uma norma infraconstitucional vai de encontro com a constituição brasileira mais recente, pois esta deve servir de baliza para todos os demais atos

normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo indiferente se trata-se de um ato legislativo ou, até mesmo, um ato administrativo.

A inconstitucionalidade por omissão relaciona-se com o dever de regulamentação de quem seja devida a iniciativa para legislar sobre determinada matéria, nos termos da CF, com a finalidade de que se dê executoriedade para normas constitucionais, as quais possuam limitada, ou seja, àquelas normas que já existem e que precisam de alguma regulamentação para que possuam eficácia (JÚNIOR, 2013, p. 601).

Desse modo, entende-se que há inconstitucionalidade por omissão, quando o legislador deixa de elaborar uma norma, para que outra norma de eficácia limitada seja colocada em prática. Por exemplo, o art. 37, VII da CF trata do direito de greve para o servidor público, entretanto é necessária a criação de lei específica para que tal direito seja regulamentado. Trata-se de um exemplo de inconstitucionalidade por omissão.

Há inconstitucionalidade direta quando alguma norma constitucional prevista de forma expressa é violada por outra norma infraconstitucional, contudo, considera-se que há uma inconstitucionalidade oblíqua quando uma norma infraconstitucional vai de encontro com alguma disposição que esteja implícita na Constituição Federal de 1988.

Por exemplo, uma norma que afronte o direito à vida ou, como já exemplificado, que vá de encontro com a previsão constitucional expressa acerca da remuneração devida aos servidores públicos. São casos de normas que, se criadas nesses termos, serão consideradas inconstitucionais de uma forma oblíqua e direta, respectivamente.

Em se tratando das inconstitucionalidades originária e superveniente, ambas diferem-se uma da outra, na medida em que uma nova Constituição revoga as leis anteriores à sua vigência, logo, essas leis anteriores não serão objeto de controle de constitucionalidade (BASTOS, 2002, p. 119).

Dessa forma, entende-se por inconstitucionalidade originária, a que se refere a uma norma que, desde a sua criação, já pode ser considerada inconstitucional, pois vai de encontro com a Constituição Federal em vigência, que no caso do ordenamento jurídico brasileiro, é a Constituição Federal de 1988.

Contudo, entende-se que há inconstitucionalidade superveniente, quando uma norma infraconstitucional é considerada, à princípio, constitucional, todavia, havendo o advento de uma nova Constituição, a qual, traga em seus preceitos, alguma disposição que contrarie tal norma criada sob a égide da Constituição Federal anterior, que passa a ser considerada, portanto, inconstitucional, de maneira superveniente.

Por exemplo, o Código Penal, o qual foi recepcionado pela constituição brasileira mais recente, todavia, não é mais considerado decreto-lei, mas lei ordinária, tendo em vista que, para legislar, o Presidente da República faz o uso das medidas provisórias e não mais dos decretos-lei.

Destarte, feitas as devidas considerações acerca dos conceitos que a doutrina constitucionalista traz, no tocante à inconstitucionalidade, é possível ser feita uma análise, a fim de que se chegue a uma conclusão, qual seja, se o instituto do trabalho intermitente é constitucional.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO INTERMITENTE NO TOCANTE AOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O trabalho intermitente traz em seu escopo algumas características que aviltam contra os princípios fundamentais da CF, previstos em seus primeiros artigos, tais como matéria inconstitucional em relação aos fundamentos da República, nos termos do art. 1º da CF e em relação aos objetivos fundamentais da República, consoante previsão do art. 3º da CF.

Não obstante a Constituição Federal de 1988 preocupe-se com a forma de Estado que deve ser adotada, qual seja, Federação, ou, ainda, a forma de governo vigente no país, que, no Brasil, é o presidencialismo, os direitos individuais são tratados com bastante atenção, o que incorpora, os direitos de cidadania, os sociais, os que protegem a vida de todo cidadão e os direitos de comunicação (REALE, 2002, p. 343).

Percebe-se que os princípios constitucionais mencionados, em sendo fundamentos e objetivos da república, não devem ser mitigados por leis infraconstitucionais, tendo em vista a supremacia da Constituição Federal de 1988, em detrimento de todas as outras normas infraconstitucionais, todavia, o

instituto do trabalho intermitente foge à essa regra, trazendo consigo inconstitucionalidades no tocante à matéria principiológica da CF.

5.1 UMA ANÁLISE ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO INTERMITENTE NO TOCANTE AOS FUNDAMENTOS DA REPÚBLICA

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, traz, em seu artigo 1º *caput*, que o Brasil, formado pela União, Estados, Municípios e o Distrito Federal é constituído em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, nos termos dos incisos III e IV.

A Constituição brasileira de 1988 inovou ao trazer a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito do Brasil, situando logo após o preâmbulo. Todavia, a dignidade humana também está prevista no art. 170 da CF, o qual afirma que a ordem econômica deve assegurar a todos os cidadãos uma vida com dignidade (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 285).

Desse modo, percebe-se o destaque dado pelo constituinte originário buscando garantir constitucionalmente a dignidade da pessoa humana, o que remete a uma concepção de que ao cidadão lhe está assegurada uma vida digna, não garantindo, tão somente, a sua subsistência, mas que, constitucionalmente, lhe é assegurada um viver com dignidade, o que vai muito além de uma concepção simplória, no tocante a esse princípio.

Percebe-se, então, através de uma interpretação sistemática de todo o diploma constitucional, que é assegurado a todos os cidadãos, incluindo os trabalhadores, foco da presente pesquisa, o direito a uma vida digna com dignidade, no sentido mais amplo possível.

Portanto, como garantir que um trabalhador tenha uma vida digna se a ele for imposta uma modalidade de contrato, na qual ele não saberá se será requisitado por seu empregador e quanto terá de remuneração durante o mês? É a previsão do artigo 443, §3º da CLT, quando diz que no trabalho intermitente terão alguns períodos de inatividade e que não serão remunerados, nos termos do art. 452-A, §5º da CLT.

Percebe-se, portanto, a insegurança desse trabalhador em não saber quanto será a sua remuneração durante o mês (e se terá alguma remuneração), vez que isso fica a cargo e de acordo com a necessidade do empregador, ficando o empregado à mercê de tal insegurança, o que pode trazer como decorrência, em uma precarização em seu sustento mensal, comprometendo que ele tenha assegurada uma garantia constitucional.

No tocante aos direitos sociais, a doutrina majoritária entende que eles possuem status de cláusulas pétreas, pois ao entender-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da república, ele não pode ser tratado de forma separada dos objetivos da república, situados no art. 3º da CF. Portanto, todos esses princípios fundamentais previstos na Constituição Federal estão conectados aos direitos sociais, previstos no artigo 6º da CF.

Contudo, além da dignidade da pessoa humana, o diploma constitucional prevê, como um dos fundamentos da República, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pois é através de seu trabalho que o homem garante o seu sustento e o desenvolvimento do país, pois a CF prevê, em alguns momentos, a liberdade, a dignidade e o respeito ao empregado (MORAES, 2017, p. 35).

Destarte, vê-se que o Ministro do STF, Alexandre de Moraes, traz uma abordagem acerca da “valorização social do trabalho”, ressaltando a liberdade, respeito e a dignidade que deve ser garantida ao trabalhador, vez que é fundamental que todo trabalhador garanta o seu sustento com o seu ofício exercido.

Além disso, trazendo à tona como um dos fundamentos da República o trabalho como valor social, o constituinte originário deu ênfase ao trabalho, o que pode-se inferir na valorização que ele deu ao trabalho, que, com o advento da reforma trabalhista, trouxe alguma precarização, no tocante à modalidade de trabalho intermitente.

Chega-se a tal conclusão, pois o legislador da CLT preocupou-se, apenas, com a parte econômica intrínseca ao trabalho, descartando o seu valor social previsto na CF, pois é através do trabalho que o cidadão garante o seu sustento e se esse trabalho for precarizado para pensar apenas nos interesses econômicos do patrão, então ele acaba perdendo o seu valor social previsto na constituição brasileira mais recente.

5.2 UMA ANÁLISE ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO INTERMITENTE NO TOCANTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

O art. 3º, inciso II da CF dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a garantia do desenvolvimento nacional e tal norma é a concretização do princípio da vedação ao retrocesso social, pois nenhum direito e garantia fundamental pode ser mitigado ou extinto, mantendo o que já está posto e apenas seguindo para o desenvolvimento do país, nunca retrocedendo.

O Ministro do STF, José Celso de Mello Filho, ao proferir sua decisão em relação ao agravo de instrumento n.º 618023⁸ conceituou o princípio da vedação ao retrocesso social como uma dimensão negativa a ser adotada no tocante aos direitos sociais, impedindo que a concretização dessas prerrogativas sejam extintos ou mitigados.

No que tange ao trabalho intermitente, esse instituto traz uma instabilidade ao trabalhador, pois, como já dito, não lhe garante uma jornada de trabalho e um salário fixos, o que resulta num claro retrocesso social para a vida desses empregados, que antes podiam ter sua renda fixa mensal e, com o advento desse novo instituto, tornam por ter esse direito mitigado.

O princípio da proibição do retrocesso social pode ser entendido através da existência de um núcleo essencial de direitos já conseguidos por lei, sendo inconstitucionais quaisquer medidas infraconstitucionais que traduzam, na prática, uma revogação, anulação ou diminuição desses direitos já conquistados e inseridos nesse núcleo essencial de direitos (CANOTILHO, 1993, p. 320-321).

Destarte, trazendo esse conceito dado por José Joaquim Gomes Canotilho para a seara trabalhista, deve-se entender esse núcleo essencial através do que está previsto nos primeiros artigos já citados da constituição brasileira mais recente, e o artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos trabalhistas propriamente ditos.

⁸ Agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em relação à decisão prolatada pelo tribunal de 2º grau que condenou o referido Estado a realizar uma cirurgia médica em favor da parte, ora agravada.

Essa é a previsão constitucional dos direitos que devem permanecer garantidos a todos, especialmente aos trabalhadores, devendo obstar-se que haja qualquer reforma no ordenamento jurídico brasileiro que diminua esses direitos, como ocorreu com o surgimento do trabalho intermitente, que afronta contra os princípios constitucionais previstos em seus primeiros artigos.

Desse modo, pode-se entender que há um conflito entre o princípio mencionado e o instituto do trabalho intermitente, pois essa disposição da reforma trabalhista torna por mitigar direitos já conquistados e garantidos na CF, através de seu artigo 7º, conforme será visto mais adiante.

6 A MODALIDADE DE TRABALHO INTERMITENTE COMO UMA FORMA DE PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS PREVISTOS NO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O artigo 7º da Constituição Federal de 1988, trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Dentre esses, pode-se destacar o disposto no art. 7º, IV da CF, o qual traz a previsão do salário mínimo fixado em lei, assegurando-o a todo trabalhador. Além disso, o inciso VII do mesmo artigo, assegura o recebimento do salário mínimo também para o trabalhador que perceba remuneração variável.

Diante de tais normas, depreende-se que o legislador buscou garantir um direito a remuneração mínima para o trabalhador urbano e rural, assegurando, inclusive, o trabalhador de jornada variável, que é a jornada de quem trabalha na modalidade intermitente.

Entretanto, tal jornada de trabalho, em sua previsão normativa prevista na CLT, não assegura tal percepção remuneratória mínima para o empregado, trazendo em seu texto normativo apenas a previsão da jornada variável, nos termos no art. 443, §3º da CLT.

Desse modo, nota-se que o legislador reformador da CLT se quedou omissos no tocante a percepção salarial do empregado na modalidade intermitente, o que acarreta em uma evidente inconstitucionalidade, tendo em vista a previsão da CLT, no artigo já mencionado, ir de encontro com a previsão constitucional no tocante a garantia do salário mínimo.

Ademais, o art. 7º, IV da CF ainda traz como justificativa a previsão do salário mínimo para os trabalhadores, a fim de que sejam garantidas as suas necessidades básicas vitais, como por exemplo, a moradia, saúde, lazer, entre outros. Contudo, se a percepção do salário mínimo, na prática, já não preserva todas essas garantias, como assegurar ao trabalhador uma vida digna, se a ele não for garantido receber, ao menos, o salário mínimo fixado em lei?

Pode-se inferir que o legislador reformador da CLT errou quando omitiu tal garantia constitucional, o que pode corroborar para que, na prática, a garantia de uma vida digna ao trabalhador seja ainda mais difícil de ser efetivada, quando se deixa para as partes negociarem o valor da remuneração mensal sem uma proteção para o empregado, em regra, hipossuficiente.

Não obstante possa ferir o princípio da isonomia, garantir o recebimento do salário mínimo para o trabalhador que exerça o seu ofício por uma jornada, possivelmente, inferior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, pois se for diferente, descaracteriza a modalidade de trabalho intermitente, tal equívoco já se inicia com a criação de tal modalidade de trabalho.

Isto é, com a criação da modalidade de trabalho intermitente, há que se considerar, logicamente, uma percepção remuneratória inferior a um salário mínimo para tal empregado, de forma proporcional, em nome do princípio da isonomia e da proporcionalidade. Desse modo, deve-se preservar tais princípios em nome da precarização de direitos já tão mitigados no plano fático?

Há jurisprudência do STF acerca da percepção do salário mínimo, consoante se vê no Recurso Extraordinário com agravo n.º 760380⁹, cuja relatora, a Ministra Cármen Lúcia, decidiu por negar o provimento a tal agravo, aduzindo ser matéria pacificada no STF, a possibilidade de um servidor público em receber menos do que um salário mínimo.

Ainda que tal entendimento seja com relação aos servidores públicos, pode-se inferir, de forma análoga, que tal entendimento, se aplicado aos trabalhadores celetistas, pode acarretar em uma preservação de princípios constitucionais por um lado, mas a precarização de direitos trabalhistas, por

⁹ ARE 760380 CE. Tratou sobre a percepção de salário mínimo, no qual a parte agravante arguiu a previsão do art. 7º IV da CF, todavia foi negado provimento ao agravo, por ser matéria pacífica no STF a possibilidade de um servidor público perceber menos que um salário mínimo, a depender do caso concreto.

outro lado. Ou seja, deve-se entender o art. 7º, IV e VII da CF, de forma literal e benéfica para o empregado.

Diante desse quadro, é mister salientar que o trabalho intermitente já foi alvo do ajuizamento de algumas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), versando sobre alguns de seus pontos, e, por isso, necessário se faz que sejam analisadas acerca de seu conteúdo e pertinência jurídica.

6.1 AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE: UM BALANÇO ACERCA DE ALGUMAS ADI'S AJUIZADAS SOBRE A MODALIDADE DE TRABALHO INTERMITENTE

Logo que foi implementada a reforma trabalhista, foram demandadas algumas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's), em relação aos seus novos preceitos, inclusive no tocante ao trabalho intermitente, que, portanto, não foi entendido e recebido da mesma forma por todos os atores sociais.

No que se refere a tal modalidade de trabalho, algumas ADI's foram ajuizadas por entes que entenderam ser equivocada tal tipo de trabalho, por ferir preceitos previstos na Constituição Federal de 1988, são elas, entre outras, a ADI 5806, ADI 5829 e a ADI 5950.

A ADI n.º 5806 foi demandada pela “Confederação Nacional dos Trabalhadores na Atividade Profissional dos Empregados na Prestação de Serviços de Segurança Privada, Monitoramento, Ronda Motorizada e de Controle Eletro-Eletrônico e Digital” (Contrasp). Tal demanda foi ajuizada questionando a jornada variável trazida por esse instituto.

A Confederação demandante arguiu que tal modalidade de trabalho, trazendo a jornada de trabalho variável, a depender da convocação do patrão para com o seu empregado, traz um ônus para este, que acaba tendo sobre si parte do risco da atividade econômica, o qual deveria recair apenas sobre o empregador.

A ADI n.º 5829 foi ajuizada pela “Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas” (Fenattel), a qual alegou que a modalidade de trabalho intermitente é inconstitucional por ir de encontro com o princípio da isonomia, da vedação ao

retrocesso social e por não garantir que o empregado receba, pelo menos, o salário mínimo fixado em lei.

A parte demandante alegou que, ainda que haja uma boa intenção do legislador em regulamentar relações de trabalho, as quais antes já existiam, mas que eram informais, a modalidade de trabalho intermitente traz consigo, de forma inerente, a percepção de um valor mensal para o trabalhador, menor que um salário mínimo, uma afronta à previsão constitucional e um precarizador dos direitos trabalhistas, no tocante à dignidade humana.

No mais, também fora ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade de n.º 5950, demandada pela “Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio”, na qual a parte autora alega que o trabalho intermitente é um tipo de contrato atípico, que não prevê um horário e nem jornada fixa de trabalho, sendo uma exceção ao contrato formal de trabalho, nos termos do artigo 4º da CLT.

Além disso, gera uma espécie de precarização do trabalho, com redução dos direitos e garantias fundamentais, com base no artigo 5º e dos direitos sociais previstos no artigo 6º, ambos da CF. Ademais, a parte demandante alega, também, que o trabalho intermitente também fere o princípio da dignidade humana, salário mínimo, função social do trabalho, entre outros preceitos constitucionais.

Desse modo, percebe-se que a modalidade de trabalho intermitente possui algumas características, já abordadas na presente pesquisa e corroboradas pelos entes demandantes citados, as quais trazem argumentos que mostram a evidente inconstitucionalidade, na qual está eivada a referida modalidade de trabalho.

Ademais, não são poucas as alegações trazidas pelas referidas ações diretas de inconstitucionalidade, que mostraram que tal previsão normatizada pela reforma trabalhista de 2017, foi um equívoco do legislador, ao ir de encontro com princípios constitucionais, até mesmo em relação à normas positivadas e previstas expressamente na CF.

Tais argumentos arguidos pelas partes demandantes das ações diretas de inconstitucionalidade corroboram como o que já fora elucidado anteriormente, ou seja, o ferimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, a afronta aos direitos e garantias fundamentais, nos termos dos artigos 5º e 6º da CF.

Além do que, endossam, também, que a modalidade de trabalho intermitente é inconstitucional no tocante ao recebimento do salário mínimo fixado em lei, nos termos do artigo 7º, IV e VII da CF, no que se refere a vedação ao princípio ao retrocesso social, a valorização social do trabalho, entre outras inconstitucionalidades aqui já referidas.

7 CONCLUSÃO

Por fim, conclui-se que a legislação trabalhista passou por algumas modificações recentes, através de uma reforma trabalhista e, após, a medida provisória n.º 808, o que mostra a sua fragilidade e uma instabilidade para os trabalhadores, os quais foram atingidos por essas reformas.

Além disso, paralelamente, percebe-se que a Constituição Federal de 1988, trouxe consigo alguns direitos e garantias previstos já em seus primeiros artigos, o que pode-se remeter à uma preocupação do constituinte originário em garantir um estado de bem estar social para toda a sociedade, e que qualquer tipo de precarização de direitos previstos nela, torna tal instituto inconstitucional.

O instituto trabalhista referido na presente pesquisa, a modalidade de trabalho intermitente, o qual traz, em seu escopo, conteúdo inconstitucional, seja no tocante à parte principiológica e nos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da CF.

A começar pelos princípios fundamentais, pode-se perceber uma nítida afronta a esses, no que se refere à dignidade da pessoa humana, ao permitir a possibilidade do trabalhador não receber, ao menos, um salário mínimo mensal, vez que nessa modalidade de trabalho, o empregado é remunerado proporcionalmente às horas trabalhadas.

É sabido que mal consegue-se viver recebendo apenas o salário mínimo fixado em lei, pior é correr o risco de receber menos do que esse valor, o que remete à uma flagrante inconstitucionalidade no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Além desse princípio, a modalidade de trabalho intermitente afronta o previsto no art. 1º, IV da CF, o qual aduz que um dos fundamentos da república é a valorização social do trabalho, todavia, como valorizar o trabalho, tratando-o de forma tão negligente?

Resta evidente que a modalidade de trabalho objeto da presente pesquisa, representa uma afronta a tal princípio, vez que o trabalho passa a ser tratado como algo que possui, apenas, um valor econômico, em detrimento do princípio previsto no art. 1º, IV da CF, pois a única preocupação passa a ser o cunho financeiro do trabalho e não mais o social, de dar sustento ao trabalhador e ajudar a desenvolver o país.

Ademais, outro princípio, o qual o trabalho intermitente vai de encontro é o da vedação ao retrocesso social, tendo em vista que a mitigação de, nesse caso, algum direito trabalhista, traz um inequívoco retrocesso social para o país, o que a Constituição Federal brasileira mais recente, veda expressamente.

A afronta a tal princípio constitucional fica evidente quando tal modalidade de trabalho relativiza a percepção salarial do empregado, que antes lhe era garantida, mas, com o advento da modalidade de trabalho intermitente, torna-se mitigada, pois o trabalhador só será remunerado (isso quando for remunerado), pelas horas trabalhadas.

Ou seja, antes o empregado certamente seria remunerado pelo seu trabalho, todavia, na modalidade de trabalho intermitente isso não é garantido a ele, ficando à mercê da necessidade do empregador naquele mês, por exemplo, o que remete à um evidente retrocesso social, na seara trabalhista.

Contudo, além de afrontar alguns princípios constitucionais, a modalidade de trabalho intermitente destoa da Constituição Federal de 1988, também, no que tange aos direitos trabalhistas previstos no artigo 7º da Constituição brasileira de 1988.

Tais direitos assegurados constitucionalmente e que são afetados pela referida modalidade de trabalho, referem-se à percepção do salário mínimo previsto em lei, a qual também é garantida ao trabalhador com jornada de trabalho variável, com fulcro no art. 7º, incisos, IV e VII da CF.

Como já explicado, o trabalho intermitente, nos termos do art. 443, §3º da CLT, prevê que o trabalhador contratado na modalidade intermitente será remunerado apenas pelas horas trabalhadas. Todavia, vez que o legislador reformador da CLT ficou omissos em garantir a percepção do salário mínimo para o trabalhador, pode-se entender que tal instituto trabalhista é inconstitucional.

Pois, não obstante seja uma previsão constitucional, necessário se faria uma previsão expressa na CLT para tal modalidade de trabalho, tendo em vista que, ao interpretar-se de forma literal tal previsão infraconstitucional, não há que se falar em garantir o pagamento do salário mínimo ao trabalhador na modalidade intermitente, mas apenas pelas horas trabalhadas.

Posto tal cenário, foram ajuizadas algumas ADI's que corroboram com a tese aqui defendida, a de que a modalidade de trabalho intermitente está eivada de preceitos inconstitucionais, seja no tocante à parte principiológica da Constituição brasileira de 1988, seja nos direitos previstos em seu art. 7º.

Diante de tais argumentos, pode-se chegar à conclusão de que a modalidade de trabalho intermitente é um instituto trazido pela reforma trabalhista de 2017, que, não obstante tenha buscado formalizar relações de trabalho, antes informais, trouxe consigo preceitos evidentemente inconstitucionais, conforme já aduzido ao longo dessa pesquisa.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, L. A. D; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 119.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Declaração parcial de inconstitucionalidade formal e seus limites**: veto judicial? Revista de Informação Legislativa. Brasília. 2006. p. 49.

BITAR, Orlando. **A lei e a constituição**. In: Obras completas de Orlando Bitar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v.1

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985**: Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm> Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória n.º 808, de 14 de novembro de 2017**: Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>
Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.675-1-DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347205>>
Acesso em 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.113-3-MG**. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 de março de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601131>>
Acesso em 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.806-1-DF**. Requerente: CONTRASP. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5303585>> Acesso em 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.829-DF**. Requerente: Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas – FENATTEL. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 27 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5319438>> Acesso em 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.950-DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no comércio - CNTC. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 23 de maio de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5468049>> Acesso em 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 618.023-RJ**. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: William Quadrado Grillo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311864791&ext=.pdf>>
Acesso em 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 760.380-CE**. Requerente: Município de Miráima. Requerido: Maria Edinilza dos Santos e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=253611081&tipoApp=.pdf>> Acesso em 14 nov. 2018.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho** / Vólia Bomfim Cassar. – 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Comentários à Medida Provisória 808, de 14.11.17. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/05/comentarios-medida-provisoria-808/> Acesso em 14 nov. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Maurício Godinho. **A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: Com comentários à Lei n. 13.467/2017**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. 9 ed. Bahia: JusPODVM, 2017.

JÚNIOR, André Puccinelli. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25º ed. rev. atual. nos termos da Reforma Constitucional, tenda Constitucional n.48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Principais mudanças com a reforma trabalhista. Disponível em: <http://www1.trt18.jus.br/ascom_clip/pdf/49278.pdf> Acesso em 14 nov. 2018.