

Fonte: Boletim Lex Magister, por Rodrigo Chagas Soares (*) 04.02.2014 Caminhando da Jornada Móvel e Variável para o Trabalho Intermitente.

() Advogado, Professor, Especialista em Direito Material do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Coletivo pela PUC-SP, Especialista em Direito Empresarial pela FMU, Mestrando em Direito do trabalho pela PUC-SP*

RESUMO: A jornada móvel e variável surgiu por meio de cláusula prevista em contrato individual de trabalho, passando a ser inserida em algumas normas coletivas de trabalho de sindicatos, e, neste momento, parece querer se perpetuar por meio de um projeto de lei que tramita no Congresso.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de Trabalho Intermitente. Jornada Móvel e Variável.

1 Introdução

No dia 21 de março de 2013, nos autos da ACP 0001040-74.2012.5.06-0011, o MPT firmou acordo com uma notória rede de lanchonetes americana para cessar aquilo a que se convencionou em denominar de "jornada móvel e variável". Restou avençado que a empresa se obriga a encerrar a jornada móvel e variável em todo o país, sendo, aproximadamente, 90% dos trabalhadores até o mês de julho/2013 e o restante dos 10% dos trabalhadores até o dia 31 de dezembro de 2013.

No que se refere ao "pagamento proporcional das jornadas reduzidas", o acordo deixou ao Judiciário a competência para dirimir o conflito, restando consignado que: "as partes decidem que este item será objeto de decisão judicial nos autos da ACP, registrando a requerida que adotará a forma do pagamento salarial prevista na OJ nº 358, com a qual não concorda o requerente, mantendo o entendimento exposto na petição inicial".

Além do valor referente a dano moral coletivo, conquanto a empresa não tenha reconhecido a sua existência, o acordo prevê a multa por eventual descumprimento de uma de suas cláusulas no importe de R\$ 2 mil por mês por empregado encontrado em situação irregular e por item descumprido.

O acordo tem abrangência nacional e se aplicou, inclusive, aos demais estados federativos do país.

Concomitante a esse acordo que põe fim à jornada móvel e variável, tramita no Congresso Nacional o PL nº 3.785/2012, de autoria do senhor Deputado Federal Laércio Oliveira, PR/SE, que institui o contrato de trabalho intermitente, que tem traços diretamente relacionados com a jornada móvel e variável. Em época de eventos internacionais no país, ao que parece se trata de "mais do mesmo" que se busca aplicar aos contratos de trabalho.

A jornada móvel e variável surgiu por meio de cláusula prevista em contrato individual de trabalho, passando a ser inserida em algumas normas coletivas de trabalho de sindicatos, e, neste momento, parece querer se perpetuar por meio de um projeto de lei que tramita no Congresso.

2 Jornada Móvel e Variável

Não é de hoje que a questão da jornada móvel e variável vem sendo objeto de discussão jurisprudencial e mencionada em algumas doutrinas. A questão era polêmica e causava celeuma nos intérpretes, que ora defendiam a legalidade de sua existência e ora afastavam-na a fim de evitar prejuízos aos contratos de trabalho.

Restou consignado na petição inicial da ACP supramencionada que os representantes da empresa, depondo sobre a origem da referida jornada, afirmaram que se trata de uma adaptação da multinacional ao sistema americano. A jornada móvel e variável, conforme consta nos autos, é a contratação de uma jornada variável que deve ser ajustada de comum acordo entre as partes, devendo ser fixada previamente e ajustada em qualquer horário, tanto diurno quanto noturno ou misto.

Afere-se, pois, tratar-se de uma jornada aleatória, podendo ser realizada em qualquer período do dia ou da noite, ou mesmo ambos. Não há qualquer garantia de que o trabalhador aufera o salário-mínimo legal, recebendo somente pelas horas efetivamente laboradas e que serão fixadas dentro de um curto prazo que antecede a semana de trabalho. O empregado deve ficar à disposição do empregador, no mínimo, 44 horas semanais.

Consta nesses contratos de trabalho firmados pela referida multinacional que essa mobilidade e variabilidade, "gentilmente" concedida pela empresa, têm o desiderato de permitir que o trabalhador possa adequar o seu horário de trabalho a outras atividades de sua vida: lazer, estudo ou mesmo outra atividade profissional.

Indo ao encontro do raciocínio de que a jornada móvel e variável é benéfica ao lazer do trabalhador e permitiria o convívio deste com a sua família, o TRT da 2ª Região julgou improcedente a ACP ajuizada pelo MPT/SP, autuada sob a numeração 01056200120202009:

"(...) Nenhum prejuízo restou demonstrado pela adoção do sistema, conforme fundamenta a sentença. Não prejudica o funcionário estudante e não prejudica o tempo de lazer do empregado, nem seu convívio familiar e social.

Não há ilegalidade na contratação.

O empregado não fica à disposição do empregador, como pretende, uma vez que já sabem com antecedência quando terão que trabalhar. Ao contrário do que pretende o recorrente, a jornada não é tão aleatória assim, nem o pagamento o é, porque perfeitamente possível ao empregado saber qual será o valor do mesmo com antecedência bastante razoável." (TRT da 2ª R., RO 01056007320015020202, 8ª Turma, Relª Desª Iara Ramires da Silva de Castro, j. 09.12.04, DJe 14.12.04)

Para o e. TRT da 2ª Região (São Paulo), haveria, pois, uma antecedência bastante razoável da jornada de trabalho que será desempenhada, bem como o valor que o empregado irá receber.

Na análise específica dessa ACP 01056200120202009, que recebeu a nova numeração 0105640-55.2001.5.02.0202, o TST firmou entendimento, posteriormente alterado, como se demonstrará, de que a jornada móvel e variável não poderia ser analisada porquanto restaria afrontada a Súmula nº 126/TST:

"(...) O recorrente sustenta que é ilícita a cláusula de contrato individual de trabalho que estabeleceu uma jornada de trabalho aleatória, com variação entre quatro e oito horas diárias de trabalho, ao fundamento de que resulta num estado de subordinação jurídica pelo tempo máximo de 44 horas semanais, além de criar uma restrição material, mormente diante da ausência de instrumento normativo e da possibilidade de implementação do banco de horas.

Verifica-se que o Regional concluiu pela validade da jornada móvel, bem como pela não configuração de prejuízos pela adoção do referido sistema, nada referindo acerca da duração máxima e mínima da jornada, nem acerca da forma da remuneração em virtude da jornada móvel.

Logo, a revista encontra óbice na diretriz da Súmula nº 126 do TST, pois somente pelo reexame do conjunto fático-probatório é que se poderia, em tese, firmar as alegações do recorrente.

Assim, emerge como obstáculo à revisão pretendida a orientação fixada na Súmula nº 126 do TST, não havendo como divisar conflito de teses nem violação de dispositivos de lei, dados os pressupostos fáticos nos quais se lastreou o Regional, não mais discutíveis nesta instância de natureza extraordinária (...)." (TRT da 2ª R., AIRR 105640-55.2001.5.02.0202, 8ª Turma, Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 02.12.09, DJe 18.12.09)

Na análise daquele recurso específico, o que teria impedido o c. TST de apreciar a jornada móvel e variável foram os fatos utilizados como fundamento da r. decisão proferida pelo e. TRT da 2ª Região que, em sede de Agravo de Instrumento, impediria o colendo Tribunal de debruçar-se sobre a matéria.

No Estado do Paraná, o MPT moveu a ACP 9891900-16.2005.5.09.0004 pleiteando a substituição da jornada móvel e variável pela jornada fixa aos contratos de trabalho. O entendimento ministerial foi que a empresa deveria obedecer às previsões constitucionais e infraconstitucionais, garantindo o pagamento do salário-mínimo vigente, independentemente do número de horas trabalhadas, sob pena de multa no importe de R\$ 5 mil por trabalhador contratado na modalidade de "jornada móvel e variável".

Apreciando a matéria, o e. TRT da 9ª Região (Paraná) julgou a ACP improcedente sob o fundamento de que a jornada móvel e variável é válida por conceder ao trabalhador a possibilidade de prever com antecedência necessária os horários em que irão laborar em cada mês, assim como pelo fato de a CLT admitir a variação salarial de acordo com a variação da jornada de trabalho:

"A jornada móvel e variável ajustada entre o Réu e parcela considerável de seus empregados, prevendo jornada semanal que pode variar entre 8 e 44 horas, não desrespeita a norma constitucional, tampouco a legislação infra-constitucional. Afinal, a

norma constitucional (art. 7º, XIII) e a legislação infraconstitucional (art. 58 da CLT) estabelecem apenas a jornada máxima diária e semanal a ser observada, não prevendo, em momento algum, uma jornada mínima a ser contratada, tampouco estabelecem que tal jornada deva ser fixa e invariável. Assim, não há que se falar em ilegalidade da contratação sob tal modalidade.

Cumpra considerar que a modalidade de contratação adotada pelo Réu não tem o condão de deixar o trabalhador a disposição do empregador durante as 44 horas semanais, ainda que trabalhe em jornada inferior. Afinal, conforme se depreende do Relatório de Fiscalização do Ministério do Trabalho apensado aos autos, a escala de trabalho dos empregados do Réu é afixada no estabelecimento ao final de cada mês, com os horários a serem observados no mês seguinte. Ora, na medida em que os trabalhadores tomam conhecimento, com a antecedência necessária, dos horários em que trabalharam a cada mês, resta evidente que os mesmos não permanecem à disposição do empregador durante 44 horas semanais, independentemente do cumprimento ou não de tal jornada. Ao contrário, a publicidade das escalas de jornada com antecedência prévia faz com que os empregados do Réu somente permaneçam à disposição durante o tempo de efetivo labor, podendo dispor do restante de seu tempo da maneira que melhor aprover.

Necessário se torna asseverar, ainda, que a variação salarial decorrente da variação de jornada não encontra qualquer impeditivo legal, mas, ao contrário, encontra permissivo na lei, que autoriza a contratação de remuneração variável mediante comissões, por tarefas ou mesmo por horas trabalhadas (art. 142, § 1º, da CLT; art. 7º, b e c, da Lei nº 605/1949). Não há que se falar, ademais, que a variação mensal da remuneração do Autor, de acordo com o número de horas trabalhadas, tornasse o salário dos trabalhadores aleatório. Afinal, o valor do salário-hora é fixo, e, ademais, os trabalhadores sempre tiveram a garantia de receber a remuneração correspondente à jornada mínima, não havendo que se falar, assim, que os trabalhadores assumissem, a qualquer tempo, o ônus do negócio.

Por todo o exposto, considerando que a contratação de jornada móvel e variável não importa em violação das normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao trabalhador, rejeito as pretensões formuladas pelo Digníssimo Ministério Público do Trabalho (...)." (TRT da 9ª R., RO 98919-2005-4-9-0-0-4, Relª Desª Ana Cláudia Ribas, j. 03.03.06)

Apreciando, então, o objeto do RR interposto pelo MPT da 9ª Região, o TST deu provimento, reconhecendo a ilegalidade da jornada móvel e variável, porquanto seria prejudicial ao trabalhador na medida em que este fica à disposição do empregador pelo tempo que lhe aprover, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para receber maiores lucros:

"RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. INVALIDADE. Entende-se pela invalidade de cláusula prevista em contrato de trabalho que fixa jornada móvel e variável porque prejudicial ao trabalhador, pois, embora não exista vedação expressa sobre a prática adotada pela requerida, percebe-se que a contratação efetivada visa a que o trabalhador fique sujeito a ato imperativo do empregador que pode desfrutar do labor de seus empregados quando bem entender, em qualquer horário do dia, pagando o mínimo possível para auferir maiores lucros. Esta prática, contratação na qual os trabalhadores

ficam à disposição da empresa durante 44 horas semanais, em que pese esta possa utilizar-se de sua força laborativa por apenas 8 horas semanais, na medida de suas necessidades, é ilegal, porquanto a empresa transfere o risco do negócio para os empregados, os quais são dispensados dos seus serviços nos períodos de menor movimento sem nenhum ônus, e os convoca para trabalhar nos períodos de maior movimento sem qualquer acréscimo nas suas despesas. Entender o contrário implicaria desconsiderar as disposições contidas nos arts. 4º, *caput*, e 9º da CLT, que disciplinam o tempo à disposição do empregador e nulificam os atos praticados com o objetivo de desvirtuar ou fraudar os dispositivos regulamentadores da CLT. Recurso de revista conhecido e provido." (TST, RR 9891900-16.2005.5.09.0004, Relª Minª Dora Maria da Costa, j. 23.02.2011, DJe 25.02.2011)

Afere-se que a discussão primeira acerca da legalidade ou não da jornada móvel e variável é, dentre outros aspectos, o direito ao lazer do trabalhador (art. 6º da CF), havendo uma subjetividade no conceito válido para o lapso temporal da fixação prévia da jornada de trabalho: se seria ou não adequada. Porém, a questão de fundo, conforme trazido pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho, é o lucro que colima o empregador.

Daí a razão pela qual inicialmente colocamos entre aspas a expressão "gentilmente" quando nos referimos que a mobilidade e variabilidade seriam concedidas pela multinacional para proporcionar ao trabalhador o direito ao lazer. Muito embora seja crível a existência e efetividade da função social das empresas, entende-se que, no caso em apreço, não haveria essa gentileza e o pensamento voltado ao trabalhador, cuidando-se de mera verificação da realidade de objetivo empresarial ao lucro, conforme aponta Amauri Mascaro Nascimento **(1)**:

"Que são contraditórios os interesses entre o trabalhador e o empresário não há dúvida, nada havendo nessa afirmação de exacerbação da luta de classes, mas de simples constatação da realidade (...)."

Prosseguindo com Otto Kahn-Freund **(2)**:

"Os empresários podem, legitimamente, aspirar a encontrar força de trabalho a um preço que lhes permita uma margem razoável para o investimento, e os trabalhadores, do mesmo modo, podem, legitimamente, aspirar a que o seu nível real de salários não permaneça estancado, senão que se incremente progressivamente. Os empresários podem expressar seu interesse legítimo em encontrar o trabalhador mais adequado para cada posto de trabalho; os trabalhadores podem expressar um interesse legítimo em obter um posto de trabalho para cada trabalhador em desemprego. Os empresários podem e devem sempre esperar que os instrumentos sociais (por meio das leis ou de outras vias) lhes assegurem que a mobilidade da força de trabalho seja a máxima possível, tanto no sentido geográfico como funcional; os trabalhadores devem sempre insistir em assegurar-se uma razoável dose de estabilidade no emprego que lhes permita planificar a sua vida e da sua família."

Eis aqui o ponto nevrálgico de toda a discussão que deve ser sopesada ao analisar-se a questão da jornada móvel e variável, bem como (como adiante será apreciado) o contrato de trabalho intermitente, qual seja a possibilidade que deve ser concedida ao trabalhador de planificar a sua vida e de sua família. Ao que demonstra da análise da jurisprudência e da doutrina, fixar uma jornada aleatória - que não seja fixa - impossibilita o trabalhador de

programar a sua vida, ferindo, ainda, o Princípio da Estabilidade Financeira que deve assistir ao trabalhador.

Determinar que o trabalho seja desempenhado em qualquer horário, tanto diurno quanto noturno, ou, pior, misto, é impossibilitar que a pessoa humana possa se programar em relação a sua família ou mesmo se programar para os estudos. Entende-se que até mesmo a fixação prévia da jornada de trabalho com um mês de antecedência fere o Princípio da Estabilidade Financeira do trabalhador, bem como a planificação de sua vida.

Para demonstrar que o caráter subjetivo da fixação prévia de um mês da jornada de trabalho é prejudicial ao trabalhador, destaca-se um dos direitos sociais previstos no art. 6º da CF que deve ser assegurado ao trabalhador: a educação **(3)**.

É notório que os cursos de ensino, especialmente o básico e o médio, possuem uma grade de horário fixa em determinado período do dia, a fim de que seja atendida a carga horária mínima exigida por lei. Corolário disso é a necessidade de que a jornada seja fixa em determinado período do dia ou da noite. Sendo inevitável a fixação prévia de horário, entende-se que esta deva ocorrer em um período superior a dois meses de antecedência, observando-se a carga horária de estudo exigida por lei.

Vale dizer, a Lei nº 12.513/2011, que institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec) e estabelece a oferta de bolsa-formação nas modalidades estudante e trabalhador, estipula a carga horária mínima de 160 horas, assim como ocorre com a Portaria nº 185, de 12 de março de 2012, em seu art. 6º, § 2º, que estabelece que: "para efeito da Bolsa-Formação Trabalhador a carga horária mínima dos cursos de formação inicial e continuada é de 160 horas".

Para chegar ao denominador da carga horária mensal, toma-se as 160 horas totais, distribuindo-a em quatro horas por dia de aulas, em quatro semanas do mês, de segunda à sexta-feira, acarretando a carga horária de 80 horas por mês de aula; ou seja, a pessoa física, tendo quatro horas de aula por dia, de segunda à sexta-feira, em um mês terá 80 horas cursadas.

Para se alcançar as 160 horas mínimas exigidas para esses trabalhadores, seriam necessários dois meses. Assim, para um trabalhador que já possui o ensino médio completo, a jornada de trabalho deveria necessariamente ser fixada em, no mínimo, dois meses de antecedência para permitir que houvesse o planejamento de seu estudo e para que pudesse zelar pela sua estabilidade financeira.

Ocorre, porém, que a maioria dos trabalhadores da rede norte-americana não possuem o ensino médio completo, conforme consta na ACP 0001040-74.2012.5.06-0011, no qual o MPT, por meio de seu excelentíssimo Procurador Dr. Leonardo Osório Mendonça, traça o perfil dos jovens da multinacional que são submetidos à jornada móvel e variável, com base em dados divulgados pela Revista Época **(4)**, 89% deles abaixo dos 25 anos, 98% com nível de escolaridade igual ou inferior ao 2º grau completo.

Logo, o critério mínimo supramencionado de dois meses para a fixação prévia da jornada de trabalho seria inaplicável para esses jovens, porquanto 98% desses trabalhadores não possuem o 2º grau completo. Qual seria, então, o limite prévio para se fixar a jornada de trabalho a esses trabalhadores sem o ensino médio finalizado?

A Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, em seu art. 24, prevê que a educação básica no ensino médio terá a carga horária mínima anual de 800 horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

Por essa Lei, os trabalhadores que não possuem o ensino básico completo não poderiam ter uma fixação prévia de sua jornada inferior a um ano. Conseqüência lógica que decorre dessa constatação é que algumas entidades sindicais do país e o Ministério Público do Trabalho, por seus ilustres Procuradores espalhados nos Estados federativos, têm razão quando pleiteiam uma jornada fixa anual aos contratos de trabalho.

Entender que uma antecedência prévia semanal ou mensal é adequada para o trabalhador, fere o direito social previsto nos arts. 6º e 7º da CF, bem como a estabilidade financeira do trabalhador e o planejamento para o trabalhador fazer um curso de ensino, respeitando a grade de horário exigida pela escola, curso técnico ou faculdade.

Mesmo no part time, o empregado deve conhecer previamente a sua jornada de trabalho, não sendo aplicável a jornada móvel e variável, assim como ocorre no contrato de trabalho intermitente como será demonstrado mais adiante. O part time faz que o trabalhador receba o seu salário de forma proporcional ao trabalho desempenhado, mas isso não significa dizer que deva ficar à disposição irrestrita do empregador, impossibilitando-o, inclusive, de exercer atividade em outro emprego para complementar o seu salário parcial em outro horário de trabalho.

O trabalhador não pode se sujeitar a qualquer horário, tanto diurno quanto noturno, ou, pior, misto. Essa suposta variação deve ocorrer dentro de um período fixo do dia, dentro do limite de oito horas diárias previsto no art. 7º, XIII, da CF. Note-se que o art. 58-A, § 1º, da CLT, muito embora diga que o salário será pago proporcionalmente à jornada, não fala em jornada variável.

Nesse mesmo sentido, na concessão da tutela antecipada nos autos da ACP 0001040-74.2012.5.06-0011, tratada inicialmente neste trabalho, a excelentíssima Juíza entendeu que:

"O pagamento do salário por hora, prática autorizada pelo ordenamento jurídico vigente, não permite ao empregador, no entanto, eximir-se da obrigação de remunerar o empregado pelo tempo em que ele fica à sua disposição. Não se trata aqui de afirmar que não pode o empregado ser contratado para jornada inferior à fixada no art. 7º, XIII, da Constituição Federal, não concordando o juízo, por outro lado, com a tese sustentada pelo autor no sentido de que, em nenhuma hipótese, pode o trabalhador receber menos que o salário-mínimo. Comungo com o entendimento consagrado pela já mencionada OJ nº 358, ou seja, não viola a lei pagamento inferior ao mínimo quando se trata de contratação para cumprimento de jornada reduzida. No entanto, conforme salientado pelo Parquet, o contrato deve ser certo e determinado, o que significa dizer que deve ficar claro qual a real duração da jornada pactuada com o empregado que servirá de base para aferição do seu salário."

Outra questão que decorre da jornada móvel e variável é em relação ao pagamento proporcional. O art. 142, § 1º, da CLT traz a previsão da modalidade de remuneração por hora trabalhada, conforme leciona Eduardo Gabriel (5):

"(...) 3) Modalidades de remuneração e as férias: o artigo (142 da CLT) faz alusão às várias modalidades de remuneração (hora, dia, tarefa, percentagem, comissão, etc.) e determina o cálculo da média mensal tendo por base o valor da hora, do dia ou da tarefa vigentes no instante da concessão das férias (...)."

O c. TST admite o pagamento do salário-mínimo proporcional às horas efetivamente trabalhadas, de acordo com a OJ SDI-1 nº 358 do c. TST:

"SALÁRIO-MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE (DJ 14.03.08). Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário-mínimo proporcional ao tempo trabalhado. Um dos fundamentos que justificou a edição da referida Orientação Jurisprudencial é o argumento de que o inciso IV do art. 7º constitucional deve ser interpretado conforme o inciso XIII, que estabelece duração normal de trabalho não superior a oito horas por dia e quarenta e quatro semanais, corolário à possibilidade do pagamento proporcional do salário à jornada desempenhada."

Dentro de todo esse contexto, entende-se que o salário-mínimo deverá ser respeitado e pago em sua totalidade, para que seja atendido o seu objetivo previsto no art. 7º, IV, da CF (atendimento das necessidades vitais básicas e às da família do trabalhador), bem como no art. 81 da CLT (despesas diárias com alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte, necessárias à vida do trabalhador). O pagamento inferior ao salário-mínimo em sua totalidade não permitiria o atendimento dessas necessidades vitais, ainda que tenha havido a prestação parcial de trabalho. A integralidade do salário-mínimo já não serve para o atendimento básico dessas necessidades vitais, quanto mais se diga em relação ao salário parcial, especialmente nos casos em que o trabalhador está impossibilitado de arrumar outro emprego para complementar sua fonte de renda, ao ter que ficar à disposição do empregador, como ocorre nas duas modalidades de jornada, ora estudadas.

Não se busca tratar desigualmente aqueles que exercem jornadas maiores de trabalho com aqueles de hora menor. O que se pretende é garantir o mínimo existencial que o salário-mínimo tem por finalidade, conforme se verifica em um dos precedentes utilizados para a edição da Súmula Vinculante nº 6 do e. STF. Nele, o STF externa a preocupação que se deve ter para garantir o mínimo existencial, sendo que a CF garantiu a remuneração não inferior ao salário-mínimo para as categorias de trabalhadores:

"SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. SOLDOS. VALOR INFERIOR AO SALÁRIO-MÍNIMO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, III, 5º, *CAPUT*, E 7º, IV, DA CF. INOCORRÊNCIA. RE DESPROVIDO. I - A Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário-mínimo, como o fez para outras categorias de trabalhadores. (...) Nos debates do referido julgado, surge a preocupação com o mínimo existencial que deve ser garantido aos trabalhadores aludido pelo Ministro Carlos Britto: '(...) Eu tenho decidido monocraticamente na linha do pensamento do voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, mas, na medida em que Sua Excelência lia, me toquei de

uma certa inquietação quanto ao conceito, hoje modernamente consagrado, de mínimo existencial. (...) Quando admitimos uma retribuição pecuniária abaixo do mínimo, passamos a trabalhar com uma categoria que me causa um desconforto até espiritual, a categoria do submínimo. É possível pagar alguém abaixo do mínimo?'

O Senhor Ministro Marco Aurélio - Em certos segmentos das Forças Armadas - posso informar por notícia que tive -, há a complementação do valor em pecúnia, que fica aquém do salário-mínimo, com utilidades.

O Senhor Ministro Carlos Britto - De toda maneira, a intervenção do Ministro Marco Aurélio me deixou confortado e já há bem encaminhado um projeto de lei, no sentido de assegurar aos recrutas também esse piso remuneratório (...)." (STF, RE 570.177/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.06.08)

Ainda dentro desse contexto analisado, não haveria a possibilidade da categoria do submínimo, pois isso significaria em violação ao princípio do mínimo existencial mencionado pelo Ministro Carlos Britto no julgamento supramencionado. A CF quis garantir à pessoa humana o mínimo existencial para a "satisfação das necessidades vitais básicas do cidadão e de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, *ex vi* do inciso IV do art. 7º da CF".

Mesmo na jornada parcial, verifica-se igual preocupação do STF, conforme se afere no julgamento do RE-AgR 215.527, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, havendo o entendimento da Procuradoria-Geral da República de que sempre deverá ser observado o pagamento do salário-mínimo:

"PROVENTOS PROPORCIONAIS. INFERIORIDADE AO SALÁRIO-MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TRIBUNAL. FUNDAMENTOS NÃO AFASTADOS PELA AGRAVANTE. REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) O agravante não afasta os fundamentos da decisão agravada. Sustentei, na decisão agravada, que proventos proporcionais não podem ser inferiores ao salário-mínimo.

O acórdão recorrido sustentou a afirmativa. Leio no voto:

'(...) o integrante do magistério público estadual que exerce o regime normal de trabalho, qual seja o de vinte horas, correspondente a um cargo, não pode ter o vencimento básico inferior ao salário-mínimo e nem os seus proventos abaixo desse patamar, em caso de aposentadoria integral.' (fl. 127)

A PGR demonstrou a procedência da pretensão:

Leio:

'Nenhum servidor público, ativo ou inativo, poderá perceber remuneração inferior ao salário-mínimo, pois esse tem por escopo garantir a satisfação das necessidades vitais básicas do cidadão e de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, *ex vi* do inciso IV do art. 7º da Constituição Federal.

Mesmo os proventos proporcionais da aposentadoria não podem ser inferiores ao salário-mínimo, pois o constituinte em nenhum momento excepcionou a 'garantia de salário nunca inferior ao mínimo', com relação àqueles que, como a recorrente, aposentaram-se proporcionalmente, porque assim lhe assegura a própria Lei Maior.

A garantia do salário-mínimo ao trabalhador procura evitar o aviltamento de sua condição socioeconômica.

Portanto, ainda que a recorrente tenha sido aposentada com proventos proporcionais ao tempo de serviço, não pode perceber remuneração inferior ao salário-mínimo.' (fl. 165)

Além disso, transcrevi orientação da Turma (AGRAG 293.353, VELLOSO, DJ 21.09.01), no sentido de vedar o recebimento de proventos proporcionais inferiores ao salário-mínimo. Nego provimento ao regimental." (STF, AgRE 215.527-6/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 09.04.02, DJ 27.09.02) (g.n.)

Interpretar que o salário pode ser inferior ao salário-mínimo, proporcional ao tempo efetivamente trabalhado, é fazer uma interpretação da CLT anterior à CF/88; é reportar-se ao período do julgamento proferido pelo STF no ano de 1962, nos autos do RE 48.480, 1ª Turma, Ministro-Relator Luiz Gallotti, DJ 24.08.66:

"SALÁRIO-MÍNIMO. TRABALHO POR TAREFA. E ao dia normal que se refere o art. 78 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando garante aos tarefeiros o salário-mínimo. Se eles, por sua vontade, resolvem trabalhar abaixo do horário normal, o que lhes fica assegurado é o salário-mínimo hora (...)."

Os arts. 58-A, 81 e 142, todos da CLT, devem ser interpretados à luz do art. 7º, IV, da CF/88. O inciso VII do mesmo art. 7º da CF não faz menção expressa à possibilidade de salário-hora; ao contrário, garante, tão somente, o salário nunca inferior ao mínimo para garantir a sobrevivência do trabalhador, lembrando a velha máxima: onde o legislador não fez distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo. O salário-mínimo é um valor para garantir o mínimo existencial.

A garantia das necessidades vitais do trabalhador somente ocorrerá se o salário-mínimo for observado em sua integralidade e o período da jornada de trabalho for fixo, a fim de que seja possível ao trabalhador planificar a sua vida e a de sua família, não permitindo que a empresa tome seus serviços da maneira como melhor lhe convenha, sob pena de configurar a transferência do risco empresarial ao trabalhador.

Existem relatos de um sindicato de São Paulo que, contestando a validade da jornada móvel e variável, divulgou vídeos demonstrando que alguns trabalhadores ficavam em uma determinada sala de espera aguardando o chamado de seu empregador, de modo que a sua remuneração somente seria paga com o efetivo trabalho, preterindo-se o tempo à disposição que o empregado ficou na referida sala. O trabalhador prestaria os serviços quando houvesse movimento no estabelecimento comercial, recebendo somente quando trabalhasse efetivamente, havendo cristalina transferência do risco da atividade empresarial àquele empregado, assim como ocorre no contrato de trabalho ininterrupto.

O acordo firmado em Pernambuco vale para todo o território nacional e a competência do Magistrado se fixou pela extensão do dano de abrangência nacional. A homologação foi realizada por uma das sedes dos TRT do país, alcançando os requisitos da OJ SDI-1 nº 130 do c. TST.

Assim, o MPT conseguiu celebrar acordo para pôr fim à jornada aleatória a que alguns trabalhadores estão submetidos e que poderia se aplicar a outros, de categorias diversas, que poderiam passar a se submeter a ela.

A preocupação, agora, seria impedir que haja o retorno, futuramente, desta cláusula aos contratos de trabalho. A jornada móvel e variável começou prevista no contrato individual de trabalho, passou a ser inserida em algumas convenções coletivas e, neste momento, corre o risco de ser legislada por meio do Projeto de Lei nº 3.785/2012, que institui o contrato de trabalho intermitente.

3 Contrato de Trabalho Intermitente

O PL nº 3.785/2012, no parágrafo único do art. 1º, define o contrato de trabalho intermitente como: "aquele em que a prestação de serviços será descontínua, podendo compreender períodos determinados em dia ou hora, e alternar prestação de serviços e folgas, independentemente do tipo de atividade do empregado ou do empregador".

Nesse tipo de contrato, há a previsão de que "é devido ao trabalhador o pagamento de salário e remuneração pelas horas efetivamente trabalhadas, excluído o tempo de inatividade" (art. 2º, § 1º), e de que, durante esse período de inatividade, "o trabalhador poderá ou não prestar serviços autônomos ou para outros empregadores, dependendo das condições previstas no seu contrato de trabalho" (art. 3º).

Ou seja, também nesse tipo de contrato há a possibilidade de que o trabalhador fique à disposição do empregador e receba somente quando efetivamente trabalhar. É a transferência do risco da atividade comercial do art. 2º da CLT. O Código de Trabalho de Portugal prevê esta figura de contrato de trabalho em seu art. 157:

"1 - Em empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade.

2 - O contrato de trabalho intermitente não pode ser celebrado a termo resolutivo ou em regime de trabalho temporário."

Os doutrinadores que enxergam legalidade no referido contrato de trabalho intermitente fazem a sua interpretação de acordo com os arts. 4º e 444 da CLT, que, por meio de disposição especial expressamente consignada, não será considerado como de serviço efetivo o período em que o empregado estiver à disposição do empregador, sendo possível essa livre estipulação entre as partes.

Olvidam-se, porém, que o art. 444 da CLT admite essa estipulação livre das partes desde que não contravenha às disposições de proteção ao trabalho. Haveria eventual possibilidade de admitir essa forma de contratação desde que mais benéfico ao

empregado, à guisa do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, que, no contrato de trabalho ininterrupto, não se verifica.

Estipular o contrato de trabalho intermitente é ferir, dentre outros aspectos, a contagem do tempo de trabalho descontínuo do art. 453 da CLT, que, ainda assim, admite críticas por não cumprir a sua finalidade de manutenção e preservação dos contratos de trabalho, conforme leciona Homero Batista Mateus da Silva **(6)**:

"(...) o empregador não faz nenhuma caridade ao chamar o ex-empregado, beneficiando-se de sua experiência e de seu convívio. Deveria, portanto, tratá-lo como empregado ativo e não rebaixar suas vantagens adquiridas ao longo da primeira etapa, argumenta-se. Há países que nem ao menos consideram o contrato de trabalho interrompido, optando pelo entendimento de que toda cessação de prestação de serviços ocorre por 'suspensão' contratual. Posteriormente, quando o mercado de trabalho estiver reaquecido, os contratos de trabalho suspensos têm natural prioridade em sua retomada, tal como se fosse despertado de um longo sono."

É o que parece pretender o referido PL nº 3.785/2012, que transfere ao trabalhador o risco da atividade empresarial possível de ser verificado na justificção: "(...) existem atividades econômicas hoje que não demandam manter um número de empregados o tempo todo e, por outro lado, há atividades que carecem de mão de obra em determinados horários ou períodos descontínuos (...). As empresas do setor econômico (...) se obrigariam a remunerar seus trabalhadores somente quando estes fossem convocados a trabalhar. Comprometem-se, ainda, a efetuar o pagamento apenas mediante a efetiva contraprestação do trabalho, a exemplo de outros países".

Para que houvesse a efetiva aprovação do projeto de lei, seriam necessárias, antes, a elaboração e a aprovação de uma emenda constitucional para a reforma do *caput* do art. 7º, além dos arts. 170 (valorização do trabalho humano) e 193 (primado do trabalho como ordem social), todos da CF.

Pela justificativa, as empresas que demandariam maior necessidade de mão de obra em um determinado período específico do dia, mês ou ano poderiam contar com trabalhadores que estariam à disposição do chamado do empregador para trabalhar. Ao estipular o conceito de empregador, o art. 2º da CLT dispõe, taxativamente, que o risco da atividade econômica é inerente àquele e não ao trabalhador.

Não obstante, para atender essa sazonalidade que o poder econômico requer, já existe o contrato por prazo determinado do art. 443 da CLT, ou mesmo da Lei nº 9.601/98, que satisfaz a necessidade empresarial de mão de obra somente para um período específico em que aumenta a sua demanda.

O contrato de trabalho ininterrupto tem por fim justamente o rebaixamento das vantagens adquiridas ao longo do contrato de trabalho, ferindo o princípio da primazia da continuidade do contrato de trabalho.

Aprovar o contrato de trabalho ininterrupto é nada mais do que ver o museu de grandes novidades mencionado pelo poeta e músico Cazuzu; é fazer retornar das cinzas a jornada móvel e variável, deixando o trabalhador à mercê da vontade empresarial e do risco do negócio.

Fazer maiores elucubrações sobre o referido contrato de trabalho ininterrupto nada mais seria do que fazer redundâncias de tudo o que já foi explanado acima sobre a jornada móvel e variável. Pior: no contrato ininterrupto, haveria o gravame de sequer existir uma escala de jornada de trabalho prévia. O trabalhador ficaria às cegas, sem conseguir prever a sua jornada de trabalho e, por corolário lógico, sem conseguir planificar a sua vida e da sua família. Haveria um retrocesso social em uma nítida afronta à Constituição Federal.

4 Conclusão

A jornada móvel e variável nasce da tentativa empresarial de adaptação dos contratos de trabalho brasileiros ao sistema norte-americano, inserindo essa cláusula nos contratos individuais de trabalho. Posteriormente, passou a tomar conta das negociações coletivas entre sindicatos para, finalmente, estar inserta em Convenções Coletivas de Trabalho.

Na ACP 0001040-74.2012.5.06-0011, o Ministério Público do Trabalho auferiu a concessão da antecipação de tutela pela 11ª Vara do Trabalho de Recife, que enxergou na jornada móvel e variável a submissão de trabalhadores a jornadas aleatórias, prejudicando a convivência social e familiar, inclusive o estudo e o gravame ao planejamento financeiro.

Para a excelentíssima Magistrada, a jornada móvel e variável não se assemelha ao trabalho em regime de tempo parcial autorizado pelo art. 58-A da CLT e tampouco se adéqua à hipótese a que alude a OJ nº 358 da SDI-1 do TST. Constitui direito fundamental do trabalhador conhecer a duração da jornada que lhe será ordinariamente exigida, sob pena de a ele se transferir os riscos do empreendimento econômico.

Nesse aspecto, restou demonstrado que a escala prévia da jornada de trabalho, tomando-se por base o direito social à educação (art. 6º da CF), não pode ser fixada em um período inferior a dois meses por violar a carga horária de que dispõe o Ministério da Educação e as leis vigentes. Para os trabalhadores que têm incompleto o ensino fundamental, essa escala não poderia ser inferior a um ano, também por violar a estabilidade financeira do trabalhador e não permitir o planejamento de sua vida e de sua família.

Portanto, pelo acordo firmado entre a empresa e o Ministério Público do Trabalho, restou avençado que a jornada móvel e variável aplicada pela multinacional no país deixaria de existir em todo o território brasileiro. Porém, em análise ao PL nº 785/2012, verifica-se o risco de seu ressurgimento nos contratos de trabalho. Muito embora o contrato de trabalho ininterrupto tenha assentamento próprio nas legislações internacionais, o direito constitucional brasileiro não o admite, carecendo de ser reformado antes que se aprovasse o projeto, corolário a inconstitucionalidade e ilicitude.

Pelo que se demonstra, aprovar o contrato de trabalho ininterrupto seria resgatar a jornada móvel e variável e assistir "o futuro repetir o passado", tal como cantou Cazuza, outrora.

5 Bibliografia

KAHN-FREUND, Otto. Labour and the law. Londres: Sweet and Maxwell, 1983.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. CLT comentada. 44. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado. v. 6 - Contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Notas

(1)NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 486.

(2)KAHN-FREUND, Otto. Labour and the law. Londres: Sweet and Maxwell, 1983.

(3)Art. 6º da CF. "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

(4)Disponível em: <<http://www.infografiaepoca.com.br/gptw/index.html>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

(5)SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. CLT comentada. 44. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 251.

(6)SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado. v. 6 - Contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 128.