



Confederação Nacional da Indústria

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – RELATOR DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5826 - DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI)**, entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, SBN, Quadra 1, Bloco "C", Edifício Roberto Simonsen, inscrita no CNPJ sob o nº. 33.665.126/0001-34, por seus advogados (instrumento de mandato anexo), tendo em vista o ajuizamento da **ADI 5826**, em que figura como autora FENEPOSPETRO - Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo, vem apresentar os fundamentos que se seguem.

Em que pese a presente ação já ter sido liberada para inclusão em pauta, conforme decisão publicada em 5/3/2018, seu objeto e causa de pedir são idênticos àqueles da ADI 5829. Como a requerente solicitou seu ingresso naquele feito, requer, também aqui, lhe seja concedida a mesma possibilidade para contribuir com a Jurisdição.

Na eventualidade de Vossa Excelência indeferir o seu pedido de ingresso como *amicus curiae*, o que apenas se argumenta em deferência ao princípio da eventualidade, que, então, (i) receba as anexas razões, como memoriais; e (ii) proporcione o julgamento conjunto das duas ações.

E. Deferimento.
Brasília, 16 de abril de 2018.

FERNANDA DE MENEZES BARBOSA
OAB/DF 25.516

CASSIO AUGUSTO BORGES
OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A



Confederação Nacional da Indústria

I - BREVE SÍNTESE DO OBJETO DA ADI 5829

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade que impugna os artigos 443, 452-A, 452-B, 452-C, 452-D, 452-E, 452-F, 452-G, 452-H, e 911-A da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme redações conferidas pela Lei 13467/2017 e pela Medida Provisória 808/2017.
2. Primeiramente, a FENATTEL alega que a nova modalidade de contratação precariza as relações de emprego e não atende às necessidades básicas do empregado e de sua família. Assevera ainda que a alteração legal favorece a atividade empresarial em detrimento do empregado.
3. A autora narra, ainda, ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social e à dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, inciso III e 7º, caput), pois considera que o contrato intermitente reduz proteções constitucionais. Pontua ofensa ao princípio da isonomia constitucional diante de previsões como reparação recíproca na hipótese de cancelamento de serviços previamente agendados e a não inserção no Programa de Seguro Desemprego.
4. Enumera afronta aos incisos IV, VII, VIII, XIII, XVI, XVII do artigo 7º constitucional, que consagram como direito dos trabalhadores, respectivamente: salário mínimo; décimo terceiro salário; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais; remuneração superior da hora extra em no mínimo cinquenta por cento; gozo de férias anuais remuneradas com pelo menos um terço a mais que o salário normal. Por fim, aponta violação ao valor social do trabalho e à função social da propriedade (CF, arts. 1º, IV e 5º, XXIII).
5. Em caráter liminar, requer a suspensão da eficácia dos artigos que referencia, expondo, ao final, pedido de declaração de inconstitucionalidade.
6. Foi publicada decisão em 04/12/2017 em que se adotou o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868, de 1999. Foram prestadas informações pelo Senado Federal, pela Presidência da República e pela Advocacia Geral da União que, de forma unânime, manifestaram-se pela inadmissibilidade da ação, e, no mérito, pela sua improcedência.

II – PRELIMINAR: A ILEGITIMIDADE DA FEDERAÇÃO REQUERENTE PARA O AJUIZAMENTO DE ADI.



Confederação Nacional da Indústria

7. Como se depreende dos documentos juntados ao processo eletrônico e da qualificação indicada pela autora, trata-se de federação sindical de categoria profissional, com base territorial nacional. A jurisprudência deste E. Tribunal já firmou interpretação do artigo 103 da Constituição Federal¹, segundo a qual, em se tratando de entidade sindical, a legitimidade para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade é exclusiva das Confederações sindicais:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

8. Logo, o requisito de possuir base nacional refere-se apenas a entidades de classe, ao tempo que, para entidades sindicais, resta a legitimidade das confederações. Isso significa que, em se tratando de entidades sindicais de primeiro ou de segundo grau, independente de possuírem base nacional, falta-lhes legitimidade constitucional para postularem a inconstitucionalidade de dispositivo legal de forma abstrata.

9. Em que pese o intuito da Carta de 1988 de expandir e democratizar os legitimados a suscitar o controle de constitucionalidade abstrato, o próprio texto constitucional tratou de estabelecer limites claros a essa legitimação, impondo mais abrangência e mais representatividade para que se possa prosseguir com o exame de matéria tão cara.

10. Sobre o tema, citem-se os julgados abaixo:

A agravante busca demonstrar sua legitimidade ativa mesclando indevidamente duas das hipóteses de legitimação previstas no art. 103 da CF. Porém, **sua inequívoca natureza sindical a exclui, peremptoriamente, das demais categorias de associação de âmbito nacional**. Precedentes: ADI 920 MC, rel. min. Francisco Rezek, *DJ* de 11-4-1997, ADI 1.149 AgR, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 6-10-1995, ADI 275, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 22-2-1991 e ADI 378, rel. min. Sydney Sanches, *DJ* de 19-2-1993. **Não se tratando de confederação sindical organizada na forma da lei, mas de entidade sindical de segundo grau (federação), mostra-se irrelevante a maior ou menor representatividade territorial no que toca ao atendimento da exigência contida na primeira parte do art. 103, IX, da Carta Magna**. Precedentes: ADI 1.562 QO, rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 9-5-1997, ADI 1.343 MC, rel. min. Ilmar Galvão, *DJ* de 6-10-1995, ADI 3.195, rel. min. Celso de Mello, *DJ* de 19-5-2004, ADI 2.973, rel. min. Joaquim

¹ Reproduzido no artigo 1º da Lei 9868/1999.



Confederação Nacional da Indústria

Barbosa, DJ de 24-10-2003 e ADI 2.991, rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 14-10-2003.

(ADI 3.506 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 8-9-2005, P, DJ de 30-9-2005). No mesmo sentido: ADI 4.361 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 1º-12-2011, P, DJE de 1º-2-2012 – grifos nossos.

Preliminarmente, não tenho como legitimadas à ação as federações sindicais autoras (Federação Nacional dos Estivadores, Federação Nacional do Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga Vigias Portuários – Trabalhadores de Bloco e Arrumadores, e Federação dos Portuários). **Cuida-se de entidades sindicais que não atendem ao requisito do inciso IX do art. 103 da Constituição, porque seu nível não é de confederação sindical. São entidades sindicais de segundo grau.** Nesse sentido, as decisões do Plenário na ADI 433/DF, ADI 853-6/DF e ADI 868-4/DF.

(ADI 929 MC, voto do rel. min. Néri da Silveira, j. 13-10-1993, P, DJ de 20-6-1997). No mesmo sentido: ADI 4.224 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 1º-8-2011, P, DJE de 8-9-2011 – grifos nossos.

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA – ILEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL DE SEGUNDO GRAU, AINDA QUE DE ÂMBITO NACIONAL – AÇÃO DIRETA DE QUE NÃO SE CONHECE – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - **As federações sindicais, mesmo aquelas de âmbito nacional, não dispõem de legitimidade ativa para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** - No âmbito da estrutura sindical brasileira, somente a Confederação Sindical – que constitui entidade de grau superior – possui qualidade para agir, em sede de controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte (CF, art. 103, IX). Precedentes. (ADI 4656 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 29-08-2014 PUBLIC 01-09-2014) – grifos nossos.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 17 DA LEI Nº 7.923, DE 12.12.89, CAPUT DO ART. 36 DA LEI Nº 9.082, DE 25.07.95, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 3º E ART. 6º DO DECRETO Nº 2.028, DE 11.10.96. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES. PRELIMINAR: ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL E DE SINDICATO NACIONAL PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. 1. Preliminar: legitimidade ativa ad causam. **O Supremo Tribunal Federal, em inúmeros julgamentos, tem entendido que apenas as confederações sindicais têm legitimidade ativa para requerer ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), excluídas as federações sindicais e os sindicatos nacionais.** Precedentes. Exclusão dos dois primeiros requerentes da relação processual, mantido o Partido dos Trabalhadores. 2. Preliminar: conhecimento (art.



Confederação Nacional da Indústria

36 da Lei nº 9.082/95). Não cabe ação direta para provocar o controle concentrado de constitucionalidade de lei cuja eficácia temporária nela prevista já se exauriu, bem como da que foi revogada, segundo o atual entendimento deste Tribunal. 3. O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização. Pedido cautelar indeferido quanto aos arts. 1º e 6º do Decreto nº 2.028/96. 5. Ação direta conhecida, em parte, e deferido o pedido cautelar também em parte para suspender a eficácia da expressão "judiciais ou" contida no par. único do art. 3º do Decreto nº 2.028/96. (ADI 1599 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1998, DJ 18-05-2001 PP-00435 EMENT VOL-02031-03 PP-00448) – grifos nossos.

11. Logo, patente a ilegitimidade da autora para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade. Não obstante os fundamentos expostos, na eventualidade de referida preliminar não ser acolhida, passa-se às contribuições acerca do mérito da ação ajuizada.

III – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INSERÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE NO ORDENAMENTO

12. Antes das análises de constitucionalidade, relevante fazer breves considerações sobre o trabalho intermitente do ponto de vista social e econômico, consideradas as estatísticas mais recentes sobre emprego formal no país. Em uma situação de crise econômica, os dados relativos a contratações formais decrescem significativamente, reduzindo a população economicamente ativa e estável, minorando, por consequência, o consumo e o poder aquisitivo.

13. Não se trata de conclusão inédita. Para o restabelecimento da economia, um dos pilares mais relevantes é a geração de empregos formais, que tende a criar um círculo virtuoso, sentido em todos os setores produtivos. No entanto, com uma flutuação de demanda de mercado muito mais dinâmica, influenciada por fatores internos e externos (variação cambial, por exemplo), é imperioso que se garantam mais possibilidades de geração de empregos formais. Isso garante uma demanda estável de vínculos empregatícios, não mais restritos ao clássico contrato de trabalho por prazo indeterminado (que cresce em situações de crescimento econômico).

14. Importante frisar que a relevância da criação de novos postos de trabalhos formais interfere não apenas na cadeia de consumo, como também na



Confederação Nacional da Indústria

arrecadação previdenciária e fiscal, por se tratarem de vínculos empregatícios inseridos no bojo da proteção legal. Como um todo, o aumento das possibilidades de se criarem postos de trabalho é benéfico do ponto de vista econômico (como já mencionado), assim como do ponto de vista social (pois integra trabalhadores que permaneciam à margem da lei).

15. Logo, a modalidade contratual que visa a trazer para o liame empregatício e formal relações de trabalho, antes restritas à informalidade e à completa desregulamentação, é extremamente relevante. Dar tratamento legal a relações jurídicas que antes não se amoldavam aos estritos e imutáveis requisitos da Consolidação das Leis do Trabalho é atender a uma demanda social inquestionável. O dinamismo das relações do trabalho pode (e deve) ser fundamento de reformas legais, notadamente quando o mundo do trabalho passa por rupturas profundas, como ensina Nelson Mannrich²:

Crise indica ruptura no funcionamento de um determinado sistema, podendo ainda sugerir a revisão de valores e de princípios fundantes de uma determinada ciência. A expressão crise no Direito do Trabalho parece indicar mudança profunda ou revisão das bases que deram sustentação e autonomia a essa nova ciência jurídica. Em outras palavras, **parte-se do pressuposto de que certas bases sobre as quais se assentava determinado sistema, no caso o Direito do Trabalho, devem ser revistas, repensadas ou até abandonadas, em face das novas realidades e diferentes concepções de valores.**

16. É nesse contexto que a Lei 13467/2017 e a Medida Provisória 808/2017 inseriram no ordenamento a possibilidade de se contratarem empregados de forma intermitente. Essa nova modalidade contratual, por seu próprio desenho, visa a atender atividades que possuam elevada variação de demanda e cujos serviços são prestados por curtos períodos (dias, por exemplo). Sem a possibilidade de firmar um contrato de trabalho intermitente, as partes estabeleciam prestação de serviços informal, que, quando muito, formalizava-se mediante pagamento (cujo valor não era regulado) e recibo.

17. Sobre as várias hipóteses em que se faz necessária uma forma de contratação por demanda, cite-se rol exemplificativo abaixo:

(...)Trabalho intermitente e sazonalidade — São inúmeras as variações de demanda ao longo do tempo que exigem o trabalho intermitente.

² MANNRICH, Nelson. “Tendências atuais relativas ao âmbito pessoal do direito do trabalho em Portugal, Espanha e Brasil”. In: Revista de Direito do Trabalho, v. 34, n. 130, abril-junho de 2008, São Paulo. p. 206.



Confederação Nacional da Indústria

Assim ocorre na atividade hoteleira, na construção civil e na agricultura ao longo do ano. Há também os picos de demanda (feriados e fins de semana) no comércio e em inúmeros ramos do setor de serviços—hospitais, clínicas, escolas, exposições, eventos etc. Há também picos de demanda que se repetem, mas, de forma descontínua, nos serviços públicos, esporte, entretenimento e outros (...)³

18. Nesse sentido, não cabe ao direito ignorar a realidade do mercado de trabalho, notadamente se ela se conforma não visando à fraude ou à burla de direitos, mas apenas à execução de tarefas de curta duração (que exijam a presença dos requisitos do vínculo empregatício). A contratação fraudulenta de prestadores de serviços autônomos que na verdade atuam como empregados é muito mais danosa ao sistema de garantias constitucionais e aos próprios trabalhadores que a previsão de novas formas de contratação.

19. Conforme dados do Ministério do Trabalho, nos últimos quatro anos, houve uma queda significativa no número de empregos formais em todos os setores, impulsionada pelo agravamento da retração econômica⁴. A configuração do desemprego mostra que, considerada a evolução dos vínculos formais por faixa etária, aquelas que mais sofreram diminuição proporcionalmente maior foram as faixas etárias mais jovens. A maior redução se deu para os empregados até 17 anos, com queda de 21,5% na quantidade de vínculos (menos 91,4 mil empregos), seguidos pelos de 18-24 anos (menos 9,6% ou 675,3 mil vínculos) e de 25-29 anos (menos 6,9% ou 499,1 mil empregos)⁵.

20. O retrato do desemprego é relevante pois indica as faixas em que é necessário estimular a geração de empregos. Em se tratando das faixas etárias mais baixas, a inserção no mercado de trabalho pode se dar por meios contratuais alternativos – como o intermitente, que permitam ao empregado seguir com os estudos, por exemplo. Ou ainda, diante de um aumento de demissões, permitir que um

³ PASTORE, Jose. O TRABALHO INTERMITENTE. Artigo escrito originalmente para o Correio Braziliense. Edição publicada em 02/06/2017. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/06/artigo-o-trabalho-intermitente/>. Acesso em 16/03/2018.

⁴ “Os dados da RAIS indicam queda do estoque de empregos formais no ano de 2016, da ordem de - 4,2%. Em 2016, o estoque de empregos formais alcançou 46,1 milhões de vínculos ativos, equivalente à redução de 2,0 milhões de vínculos empregatícios com relação ao ano de 2015, quando atingira 48,1 milhões. Essa redução é comparável na série histórica da RAIS apenas ao triênio 1990/1992, quanto os vínculos formais retraíram-se continuamente de 23,2 milhões (1990) para 22,3 milhões (1992). Tal quadro reflete a severidade da crise econômica iniciada em 2014 sobre o mercado de trabalho brasileiro, cujo ápice ocorreu justamente em 2016”. Dados disponíveis no sítio eletrônico <http://pdet.mte.gov.br/rais>, acesso ao documento “Análise dos Principais Resultados – ano 2016”. Acesso em 15/03/2018.

⁵ Dados disponíveis no sítio eletrônico <http://pdet.mte.gov.br/rais>, acesso ao documento “Análise dos Principais Resultados – ano 2016”. Acesso em 15/03/2018.



Confederação Nacional da Indústria

empregado jovem, mas mais experiente, possa se manter economicamente ativo, podendo até mesmo ter mais de um vínculo empregatício.

21. Conforme dados do **CAGED - Cadastro Geral de Empregados e Desempregados de janeiro de 2018 publicados pelo Ministério do Trabalho**⁶, foram realizadas 2.860 admissões e 399 desligamentos na modalidade de trabalho intermitente, envolvendo 942 estabelecimentos. Uma vez que a legislação entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, os dados já sinalizam para a relevância da modalidade contratual, notadamente em momento de reestabelecimento da economia. Dos contratados nessa modalidade, 59% eram da faixa etária até 29 anos em dezembro de 2017 e 47% em janeiro de 2018⁷.

22. Apesar de não haver uma série histórica para que se façam conclusões mais objetivas, é certo que os números apontam para uma efetividade da contratação intermitente, contemplando exatamente as faixas mais atingidas pelo desemprego. É importante destacar que, por se tratar de hipótese excepcional de contratação, condicionada a uma forma específica de demanda e de atividade, o contrato de trabalho intermitente não é formato perene de inserção no mercado de trabalho, como assevera José Pastore⁸:

O trabalho intermitente envolve uma pequena parte da força de trabalho — cerca de 7% nos países avançados. Raramente, tais pessoas passam a vida inteira na intermitência. Ao contrário, elas entram e saem desse regime de trabalho de acordo com suas conveniências momentâneas ou para contornar o problema de desemprego (Eurofound, *New forms of employment*, Luxemburgo, 2015).

23. Feitas essas considerações, passa-se ao enfrentamento das violações constitucionais alegadas.

IV – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

IV.a – RETROCESSO SOCIAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

24. A autora alega que prever a possibilidade do contrato de trabalho intermitente violaria a vedação ao retrocesso social e a dignidade da pessoa humana.

⁶ Dados obtidos no sítio eletrônico <http://pdet.mte.gov.br/caged> no sumário executivo das estatísticas do mês de janeiro de 2018, acesso em 16/03/2018.

⁷ Dados obtidos no sítio eletrônico <http://pdet.mte.gov.br/caged> na apresentação de janeiro de 2018, acesso em 16/03/2018.

⁸ PASTORE, Jose. O TRABALHO INTERMITENTE. Artigo escrito originalmente para o Correio Braziliense. Edição publicada em 02/06/2017. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/06/artigo-o-trabalho-intermitente/>. Acesso em 16/03/2018.



Confederação Nacional da Indústria

Não obstante as colocações que se repetem na peça de ingresso sem maiores preocupações de cotejo analítico, não se verificam as máculas apontadas.

25. A Constituição não previu como fundamentos da República, no mesmo inciso, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa por mero acaso. A previsão conjunta desses fundamentos resulta de uma existência equilibrada, na qual o valor social do trabalho apenas pode ser conseguido uma vez garantida a livre iniciativa e o arbítrio de empreender e contratar.

26. Novas formas de contratação, que atendem às demandas modernas do mercado de trabalho, não podem ser sempre alvo de pechas injustificadas de precarização. Primeiro porque se revestem em novas possibilidades reguladas de inserção no mercado de trabalho, e segundo porque não tem o condão de afastar as proteções constitucionais vigentes (que são extensas).

27. A vedação ao retrocesso, fundamentada na peça de ingresso pelo caput do artigo 7º constitucional, em nada se vê maculada pela inserção de mais uma possibilidade de contratação. Ao contrário, a utilização responsável dessa modalidade de trabalho pode retirar muitos brasileiros da informalidade e dar-lhes um vínculo formal cercado de providências voltadas a preservar a dignidade do trabalhador. É importante frisar novamente que todo e qualquer contrato de trabalho está sujeito ao cumprimento dos direitos constitucionalmente previstos, cabendo apenas a lei infraconstitucional seus parâmetros de execução.

28. Para além, pondera-se que o retrocesso social não possui densidade normativa o bastante para que se possa fazer juízo de valor direto sobre determinada opção legislativa. Ora, parece bastante incongruente que se impossibilite a evolução das opções políticas e sociais, notadamente quando elas são feitas no espaço democrático constitucionalmente legitimado para tanto (Poder Legislativo). Na dimensão em que suscitado pela autora, o retrocesso social colide com a noção mesma de evolução legislativa, especialmente quando é utilizado como fundamento para autorizar a validade apenas de medidas legais que visem o incremento de benefícios (pecuniários em destaque) a favor dos empregados.

29. Sobre a limitação da vedação ao retrocesso, importante citar as ponderações da Ministra Carmen Lúcia, relatora da ADI 3104⁹:

⁹ ADI 3104, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01 PP-00139 RTJ VOL-00203-03 PP-00952.



Confederação Nacional da Indústria

(...) quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não aconteceu nesse caso. Aqui aconteceu uma adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário que se veio a estabelecer.

30. Da mesma forma, relevante pontuar as recentes considerações sobre o retrocesso social quando do julgamento das ações direta de inconstitucionalidade ajuizadas em face do Código Florestal, inseridas no Informativo n.º 892 deste Supremo Tribunal Federal, plenamente aplicáveis ao presente caso:

Ademais, o princípio da vedação ao retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático, no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, e nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo, na linha do que decidido no RE 586.224/SP.

31. Até mesmo doutrinadores que se dedicaram à defesa do tema compreendem que sua dimensão não pode, por absoluto, colidir com a autonomia do Poder Legislativo:

A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social, e por via de consequência, em termos de prestações sociais asseguradas pelo poder público, por si só já **demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais**¹⁰. Grifo nosso.

32. Logo, (i) não se verifica qualquer violação ao princípio da vedação ao retrocesso social na regulamentação legal do trabalho intermitente, uma vez que não foram excluídos quaisquer direitos constitucionalmente previstos; e (ii) o mencionado princípio, quando considerado, não tem o condão de excluir a autonomia democrática e constitucional que o Poder Legislativo possui para alterar as opções políticas e sociais do ordenamento pátrio (inclusive no que se refere ao custeio previdenciário).

33. Com relação à suposta violação à dignidade da pessoa humana, importante frisar que o conceito do referido princípio está atrelado ao mínimo existencial do indivíduo, resguardado e garantido pelo plexo de direitos sociais previstos constitucionalmente. A mudança na forma da execução do contrato de trabalho não viola o mencionado patamar existencial, uma vez que não exclui ou reduz

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso e Dignidade da Pessoa Humana; in: Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros. 2006, pág. 234.



Confederação Nacional da Indústria

qualquer direito constitucional. A concessão proporcional de determinados direitos está atrelada ao atendimento parcial dos requisitos legais para seu gozo integral e não a uma diminuição de seu valor (férias proporcionais são concedidas a quem não adimpliu com os doze meses de trabalho legalmente previstos como requisito para o gozo dos trinta dias).

34. Sobre a dignidade da pessoa humana, e as hipóteses em que se verifica como fundamento de inconstitucionalidade, cite-se o julgado abaixo:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo poder público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na **garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.** (...) A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (art. XXV). (ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011) Grifo nosso.

35. Logo, não se encontram presentes as violações apontadas à vedação do retrocesso social ou à dignidade da pessoa humana.

IV.b - ISONOMIA CONSTITUCIONAL

36. A autora assevera que o contrato de trabalho intermitente viola a isonomia constitucional, pois prevê forma de reparação recíproca pelo cancelamento de serviços previamente agendados, assim como prevê que *“a extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego”*.

37. Primeiramente, isonomia não significa identidade de tratamento a toda e qualquer situação. Ao contrário, exceções específicas que guardem relação lógica com o propósito da lei e com os princípios constitucionais são convenientes e desejáveis. A exclusão de um determinado sistema, ou ainda a previsão de exceção específica não



Confederação Nacional da Indústria

é, de pronto, inconstitucional. É preciso que se perquirira, antes, se aquela previsão legal possui fundamentação razoável.

38. Sobre os parâmetros da isonomia constitucional, citem-se os trechos de julgados abaixo:

(...) princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput), núcleo elementar de qualquer regime republicano e democrático. Esse princípio, regra de ônus argumentativo, **exige que o tratamento diferenciado entre os indivíduos seja acompanhado de causas jurídicas suficientes para amparar a discriminação**, cujo exame de consistência, embora preserve um pequeno espaço de discricionariedade legislativa, é sempre passível de aferição judicial por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição.(...) (ADI 4.747, ADI 4.756, ADI 4.923 e ADI 4.679, rel. min. Luiz Fux, j. 8-11-2017, P, Informativo 884). Grifo nosso.

(...)A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, **distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra**. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é **necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio**. (...) (ADI 3.070, rel. min. Eros Grau, j. 29-11-2007, P, DJ de 19-12-2007). Grifo nosso.

39. Conforme se verifica do regramento afeto ao seguro desemprego, ele visa dar ao empregado condições de manutenção de renda após desemprego involuntário. A previsão constitucional do direito não dispensa, no entanto, o atendimento de uma série de requisitos legais e infra legais, afetos ao número de salários recebidos nos meses anteriores ao requerimento, ou ainda à existência de matrícula e frequência em cursos de qualificação profissional. Essas condições não violam qualquer dimensão do direito, pois guardam relação estreita com seus propósitos, assim como com sua sustentabilidade futura.

40. A previsão de que extinções de contratos de trabalho intermitente não autorizam a inscrição no Programa de Seguro Desemprego decorre exclusivamente da natureza do contrato em si e não da opção legislativa de criar gama de trabalhadores menos protegidos. **Com efeito, não há como justificar a concessão de seguro desemprego a um empregado que, não obstante a extinção de um contrato, pode possuir mais de um vínculo de emprego simultaneamente, decorrência da natureza do contrato de trabalho intermitente**. Da mesma forma, com um formato de recebimento de salários distinto, fica ainda mais difícil o atendimento dos requisitos legais existentes – que foram feitos com a concepção mensalista clássica como paradigma.



Confederação Nacional da Indústria

41. A inserção de novo modelo é quase sempre tortuosa e provoca desconfortos diante de estrutura normativa há muitas décadas instituída como padrão. No entanto, essa ruptura não significa violação de direitos constitucionais que, repita-se, se mantem absolutamente vigentes, mas apenas uma nova conformação do contrato de trabalho – afeta à opção legislativa.

IV.c – SALÁRIO MÍNIMO

42. Outra violação apontada é a que se refere ao direito constitucional afeto ao salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas do empregado, e às de sua família. O fundamento reside na circunstância de os empregados contratados na modalidade intermitente não receberem de seu empregador (individualmente considerado), ao fim do mês, um salário mínimo.

43. Em mais uma oportunidade o direito constitucional encontra-se fundado no estabelecimento da jornada de trabalho padrão (ou máxima) inserida no mesmo artigo 7º. Em verdade, a garantia visa a resguardar que, um empregado que possui seu tempo produtivo completamente ocupado por um contrato de emprego mensalista clássico, deve receber de seu empregador o mínimo fixado por lei. Isso significa que, uma vez prevista jornada parcial, abaixo do máximo constitucional para a jornada regular, há de se resguardar o valor do salário mínimo – hora, ou seja, de seu valor proporcional à jornada de fato trabalhada.

44. Prever que, independentemente da jornada, o empregado tem como seu direito constitucional o recebimento de um salário mínimo é perpetrar verdadeira injustiça e (nessa hipótese, sim) violação à isonomia constitucional. Ora, como justificar o recebimento do mesmo valor de salário por empregados que laboram as quarenta e quatro horas semanais contidas no inciso XIII constitucional e aqueles com jornada reduzida ou parcial? Essa conclusão é absolutamente pouco razoável e demonstra a incongruência desse argumento como fundamento de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

45. Sobre o tema, já se manifestaram grandes autores de direito do trabalho, cujos ensinamentos seguem abaixo:

(...) o salário mínimo corresponde a uma jornada normal, isto é, de 8 horas¹¹.

¹¹ SAAD, Eduardo Gabriel, CLT Comentada, 37ª Edição, revista e ampliada por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco, São Paulo : LTr, 2004, página 121.



Confederação Nacional da Indústria

(...) a lei usou o critério de remuneração diária e previu a jornada normal; quando esta for de 8 horas, será necessário cumpri-la; se o empregado for admitido para trabalhar apenas 4 horas por dia, receberá proporcionalmente, sem qualquer ilegalidade.¹²

(...) foi contratado e labora 110 horas por mês, por exemplo, [já incluído o repouso semanal remunerado] – pertencendo a uma categoria ou profissão cujo salário se calcule à base de 220 horas mensais -, receberá, ao final do mês, o salário correspondente ao montante de 110 horas [e não o padrão de 220 horas].¹³

46. O próprio Tribunal Superior do Trabalho editou Orientação Jurisprudencial da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SBDI-1, na qual admite o pagamento abaixo do mínimo em se tratando de jornada reduzida:

358. SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. EMPREGADO. SERVIDOR PÚBLICO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.02.2016) - Res. 202/2016, DEJT divulgado em 19, 22 e 23.02.2016

I - 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.
II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Grifo nosso.

47. Logo, inexistente violação constitucional no tópico.

IV.d – DURAÇÃO DO TRABALHO

48. A autora alega que a ausência de jornada de trabalho fixa no contrato de trabalho intermitente violaria o direito constitucional contido nos incisos XIII e XVI do artigo 7º, que tratam, respectivamente, da duração máxima do trabalho normal e da remuneração adicional do trabalho extraordinário.

49. De plano verifica-se que os direitos constitucionais em nada foram maculados. Como a letra dos incisos prevê, a garantia diz respeito a um limite da jornada de trabalho normal e a forma de pagamento do labor extraordinário, e não ao direito a uma jornada contratual fixa (que sequer existe no ordenamento).

¹² CARRION, Valentin, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 29ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2004, página 130.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Salário – Teoria e Prática, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, página 115.



Confederação Nacional da Indústria

50. Ora, a estipulação livre em um contrato de trabalho sem jornada fixa, cuja remuneração pode ser prevista em horas, dias ou meses, em nada afronta o limite máximo de horas diárias e semanais. Até mesmo porque a previsão legal não tem (e sequer poderia ter) o condão de afastar a proteção constitucional vigente. A mera inexistência de uma jornada fixa, imposta ao empregado unilateralmente (que na maioria absoluta das vezes não possui ingerência sobre o tema em seu contrato), não viola os limites máximos de horas trabalhadas, que ainda deverão ser respeitados pelo empregador.

51. Merece destaque ainda que o próprio ordenamento infraconstitucional admite há anos exceções ao controle de jornada e, por conseguinte, à previsão de jornada fixa, quando trata de (i) gerentes ou detentores de cargos de gestão¹⁴ e (ii) aqueles que desempenham trabalhos externos incompatíveis com o controle de jornada (sem mencionar a recente inserção dos empregados do teletrabalho):

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo [Da duração do trabalho]:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III - os empregados em regime de teletrabalho.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

52. Nesse sentido, não há violação à duração normal do trabalho.

IV.e – DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E FÉRIAS REMUNERADAS

53. As últimas violações apontadas referem-se ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas, direitos previstos nos incisos VIII e XVII do artigo 7º constitucional. A autora justifica referidas violações diante da possibilidade de pagamentos proporcionais decorrentes das horas pontuais que podem decorrer da contratação de trabalho intermitente.

¹⁴ Não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República a decisão que excepciona os ocupantes de cargos de gestão do controle de jornada de trabalho. (RE 563.851 AgR, rel. min. Cezar Peluso, j. 26-2-2008, 2ª T, DJE de 28-3-2008).



Confederação Nacional da Indústria

54. O pagamento proporcional previsto na lei decorre da estrutura da prestação de serviços por demanda. Igual providência percebe-se no pagamento de proporcionalidades quando da rescisão do contrato de trabalho por prazo indeterminado: paga-se na proporção em que é devido, a depender do período trabalhado.

55. A inconstitucionalidade não pode decorrer do fato de que a maior parte dos direitos constitucionais dos trabalhadores previu-se pautada na relação de emprego clássica, mensal, com jornada fixa. Há de se lerem os direitos contidos no artigo 7º constitucional com a exata dimensão a que foram concedidos, conforme a legislação infraconstitucional já autoriza.

56. Repita-se que a concessão proporcional de determinados direitos está atrelada ao atendimento parcial dos requisitos legais para seu gozo integral¹⁵ e não a uma diminuição de seu valor (férias proporcionais são concedidas a quem não adimpliu com os doze meses de trabalho legalmente previstos como requisito para o gozo dos trinta dias). Ora, à lei ordinária é transferida a possibilidade de prever a forma de gozo dos direitos constitucionais, assim como os requisitos que o complementam, necessários à prestação por parte do empregador.

57. Como já mencionado anteriormente, a violação aos referidos direitos constitucionais estaria em sua exclusão ou redução, mas não na sua concessão na proporção exata em que obedecidos os requisitos legais. Logo, inexistente qualquer mácula constitucional.

¹⁵ **Consolidação das Leis do Trabalho:**

Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes;

II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;

III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;

IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

§ 1º - É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço.

§ 2º - O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço.

Lei 4090/1962:

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior.

§ 3º - A gratificação será proporcional:

I - na extinção dos contratos a prazo, entre estes incluídos os de safra, ainda que a relação de emprego haja findado antes de dezembro; e

II - na cessação da relação de emprego resultante da aposentadoria do trabalhador, ainda que verificada antes de dezembro.



Confederação Nacional da Indústria

V – CONCLUSÃO

58. Por todo o exposto resta claro que, na disciplina da nova modalidade de contratação, respeitaram-se os direitos constitucionais do empregado. Não apenas a novidade legal atende a uma realidade de mercado vigente há muitos anos, como tem ainda o condão de dinamizar as contratações e fortalecer o mercado formal de trabalho, trazendo para o escopo de proteção legal mão de obra antes excluída e esquecida. Entender de forma diversa é defender a imutabilidade do ordenamento em face das crescentes e significativas alterações econômicas e sociais.

59. Logo, a CNI requer o julgamento conjunto da presente ação com a ADI 5829 e, ao final, que as duas ações não sejam conhecidas, por ausência de legitimidade ativa constitucional da requerente e, na eventualidade de vir a ser ultrapassada a preliminar, sejam os pedidos julgados improcedentes, por ausência das violações constitucionais apontadas.

E. Deferimento.
Brasília, 16 de março de 2018.

FERNANDA DE MENEZES BARBOSA
OAB/DF 25.516

CASSIO AUGUSTO BORGES
OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A