

# CONTRATAÇÃO FIJA DISCONTINUA DE CARÁTER IRREGULAR E A REINCORPORAÇÃO AO TRABALHO NO DIREITO ESPANHOL: BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES EM PERSPECTIVA COMPARADA

Guilherme Augusto Pinto da Silva<sup>1</sup>

---

**RESUMO:** O presente ensaio compromete-se analisar a submodalidade de trabalho a tempo parcial no direito espanhol, denominada *contratación fija discontinua*, especialmente a de caráter irregular. A nova modalidade de contratação trazida pelas recentes alterações legislativas espanholas, acaba por despertar problemas práticos de aplicação, em especial no momento de *reincorporación al trabajo*, bem como no próprio regime jurídico aplicável, já que guarda similitudes inarredáveis do contrato de trabalho a prazo determinado. Desta perspectiva é que se analisa, de forma geral, essa modalidade de contratação típica do direito espanhol, buscando aproximações com as formas de contratação no âmbito do direito do trabalho brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Fija discontinuo*; direito do trabalho espanhol; tempo parcial; flexseguridad; direito comparado; direito do trabalho brasileiro.

**ABSTRACT.** Dieser paper verspricht untersuchen sich submodalität arbeiten in teilzeit im spanischen recht namens contratación fija discontinua, insbesondere die irregulären charakter untersuchen. Eine neue art aus des auftrags durch die jüngsten änderungen der rechtsvorschriften spanier brachten erwacht die praktische anwendung probleme, speziell zum zeitpunkt des wiedereinsatzung in den arbeit und der anwendbaren rechtsgrundlage regime selbst, da ist es ähnlich wie der arbeitsvertrag fristen. Dieser ansatz ist, dass es, analysiert in allgemeinen diese art von vertrag typisch spanischem recht, suche ansätze auf die möglichkeiten von contracting nach brasilianischem arbeitsrecht.

**SUCHWÖRTER:** Fest diskontinuierlichen; spanischen arbeitsrecht, teilzeit; flexseguridad; rechtsvergleichenden, arbeitsrecht brasilianischen.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Traços definidores da contratação *fija discontinua*; 3 Aspectos centrais da contratação *fija discontinua* de caráter irregular; 4 *Contratación fija discontinua versus contratación a tempo determinado*; 5 Prazo

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Professor Universitário. Advogado inscrito na OAB/RS.

rescricional da ação por descumprimento da obrigação de chamamento; 6 Possíveis aproximações com o Direito Brasileiro; 7 Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito do trabalho espanhol tem enfrentado desafios a cada nova crise que se assola na Europa. Reinventa-se, recria-se, reforma-se, toda vez que posto em *xeque*. Nesta perspectiva é que surge o contrato a tempo parcial na modalidade *fija discontinua*.

Diante deste quadro, analisam-se os traços definidores e os aspectos principais desta nova modalidade de contratação. Posteriormente faz-se um comparativo a fim de estabelecer convergências e divergências com o contrato a tempo determinado, já que identificar o regime jurídico aplicável aos contratos de trabalho nem sempre é tarefa simplória.

Vencida a identificação do regime jurídico aplicável, busca-se conhecer as questões que rondam a problemática da contagem do prazo prescricional da ação por descumprimento da obrigação de chamamento. Por fim, diante de um panorama geral da contratação *fija discontinua*, é que se busca alguma aproximação desta modalidade de trabalho com o direito brasileiro.

## 2 TRAÇOS DEFINIDORES DA CONTRATAÇÃO FIJA DISCONTINUA

A contratação *fija discontinua* nada mais é que uma submodalidade de contrato do trabalho a tempo parcial<sup>2</sup>. Surgiu no direito do trabalho espanhol a partir de reformas legislativas introduzidas pela Lei 63/97, que tratou de medidas urgentes para melhorar o mercado de trabalho, do Real Decreto 15/98, que tratou de medidas urgentes para melhorar o trabalho a tempo parcial, bem como da Lei 12/2001<sup>3</sup>, que tratou especificadamente da

---

<sup>2</sup>Trabalho a tempo parcial não o objeto núcleo deste ensaio, razão pela qual se remete à leitura de: BAZ RODRÍGUEZ, Jesús. El marco jurídico comunitario del trabajo a tempo parcial. Reflexiones em el contexto de la “flexseguridad”. In: BAZ RODRÍGUEZ, Jesús (Cord.). *Trabajo a tempo parcial y flexseguridad* (estudios em el marco del debate europeo – modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI). Granada, 2008. p. 5-35.

<sup>3</sup>Dentre as inúmeras motivações nominadas pelo legislador espanhol, cumpre destacar trecho da exposição de motivos da legislação referida:

*“La política de empleo desarrollada en la última legislatura ha venido marcada fundamentalmente por las reformas del Estatuto de los Trabajadores producidas por la Ley 63/1997, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, derivada del Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo suscrito por los interlocutores sociales, y por el Real Decreto-ley 15/1998, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, que refleja el acuerdo concluido entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas. La Ley 63/1997, además de dar nueva regulación a los contratos formativos y de modificar diversos aspectos de la*

## contratación *fija discontinua*.

O lapso temporal entre as duas primeiras legislações e a última revelou problemas de aplicação prática da submodalidade de contratação a tempo parcial. A Lei 12/2001, portanto, surge visando dar cabo aos problemas práticos de implementação da contratação *fija discontinua*, pretendendo dar cumprimento, também, às Diretivas da União Europeia.

Dentre os traços que apontam para o regime jurídico do contrato *fijo discontinuo*, alguns deles são passíveis de serem elencados como principais com a pretensão de possibilitarem uma distinção das demais formas de contrato a tempo parcial. O contrato *fijo discontinuo*, por ser de prazo indeterminado<sup>4</sup>, há de ser, necessariamente, formalizado por escrito<sup>5</sup>. A

---

*contratación temporal, introdujo un nuevo contrato para el fomento de la contratación indefinida, dirigido a determinados colectivos con especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo, caracterizado por la previsión de una indemnización, en caso de extinción, inferior a la de carácter general, y con un período inicial de aplicación de cuatro años, estando prevista su eventual continuidad más allá de dicho período. Por su parte, el Real Decreto-ley 15/1998 dio nueva regulación al contrato a tiempo parcial estableciendo, tanto elementos de mayor garantía y protección social para los trabajadores, como otros de mayor flexibilidad en su régimen jurídico, por ejemplo con la creación de las horas complementarias.*

*El tiempo transcurrido desde estas reformas ha puesto de relieve unos efectos globalmente positivos derivados de las mismas, traducidos en el incremento del número de contratos indefinidos y a tiempo parcial, y ha puesto también de relieve problemas prácticos o disfunciones en determinadas materias, como el trabajo a tiempo parcial, de los que se ha derivado probablemente el que no se hayan alcanzado plenamente todas las posibilidades de desarrollo de la contratación que podrían haberse esperado.(...)*

<sup>4</sup>Artículo 15. Duración del contrato.

*(...) 8. El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Los trabajadores fijos discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca, y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria. Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización en los contratos de fijos-discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos.*

<sup>5</sup>Artículo 12. Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo.

*4. El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas: a) El contrato, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de esta Ley, se deberá formalizar necesariamente por escrito, en el modelo que se establezca. En el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución. De no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios. b) La jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio Colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior. c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 35. La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo. d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias*

prestação laboral deve ser prestada dentro do volume normal de atividades da empresa<sup>6</sup> – não restando claro nem pela legislação, tampouco pela jurisprudência, quem define o que é volume normal de atividade de trabalho no âmbito da empresa. Isso por si já identifica certa forma de precarização do trabalho *fiijo discontinuo* em detrimento das demais formas de contratação. Também não se identifica nenhuma referência acerca da necessidade, ou não, de estabelecer expressamente no contrato de trabalho o volume de atividades da empresa contratante.

O contrato *fiijo discontinuo* também não pode se repetir em datas determinadas, já que na hipótese de uma repetição involuntária aplicam-se as disposições dos contratos indefinidos. Algumas das formalidades que caracterizam o contrato *fiijo discontinuo*, se justificam em virtude da própria natureza da contratação.

Por exemplo, a formalização obrigatoriamente por escrito se faz necessária para que se estabeleça, de forma prévia: (a) a duração estimada da atividade; (b) forma de chamamento ao trabalho; (c) jornada de trabalho completa ou reduzida (dupla parcialidade) e forma de distribuição das tarefas. Vale ressaltar que algumas questões peculiares do contrato *fiijo discontinuo* são

---

*y en los Convenios Colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52, c), de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que, en virtud de las informaciones a las que se refiere el párrafo precedente, soliciten el retorno a la situación anterior, tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza que exista en la empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente, de acuerdo con los requisitos y procedimientos que se establezcan en los Convenios Colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Igual preferencia tendrán los trabajadores que, habiendo sido contratados inicialmente a tiempo parcial, hubieran prestado servicios como tales en la empresa durante tres o más años, para la cobertura de aquellas vacantes a tiempo completo correspondientes a su mismo grupo profesional o categoría equivalente que existan en la empresa. Con carácter general, las solicitudes a que se refieren los párrafos anteriores deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario. La denegación de la solicitud deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada. f) Los Convenios Colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales. g) Los Convenios Colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior, podrán establecer, en su caso, requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando ello esté motivado principalmente por razones familiares o formativas.*

<sup>6</sup>Artículo 12. Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo.

3. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

definidos por negociacións coletivas, mas que devem, igualmente, encontrar expresa disposición no contrato de traballo. No que diz com a natureza da prestación laboral, não há maiores distincões em relação às demais modalidades de traballo a tempo parcial.

A lei 12/2001, portanto, incorporou mudanças significativas na forma de contratación *fija discontinua*, mas deixou alguns vazios legislativos que se traduzem em inúmeras dificultades não só no plano de aplicação prática, mas também no âmbito da discussão jurídica, já que a jurisprudência espanhola, como regra, não apresenta entendimentos uniformizados sobre o assunto<sup>7</sup>. Uma dessas situações diz respeito à forma de chamamento ao traballo e demais aspectos que integram o núcleo duro da contratación *fija discontinua*, doravante analisados.

### 3 ASPECTOS CENTRAIS DA CONTRATAÇÃO FIJA DISCONTINUA DE CARÁTER IRREGULAR

Como se percebe, a legislação acerca da contratación *fija discontinua* é escassa e dá margem para que eventual falta de clareza do texto ou omissão legislativa seja deliberada através de negociação coletiva<sup>8</sup>. Aliás, o direito do traballo espanhol apresenta como característica marcante o fato de admitir deliberações pela via dos sindicatos, que lá se apresentam em número consideravelmente menor, todavia mais atuantes, em comparação aos existentes no Brasil.

Um dos problemas constatados no que diz com a insuficiência de regulamentação legislativa, diz respeito à forma de chamamento ao traballo. A comunicação de chamamento ao traballo deve ser realizada através de alguma forma através da qual se dê ciência inequívoca ao trabalhador com antecedência razoável<sup>9</sup>. O ônus de provar o chamamento é do empregador. No caso de devidamente cientificado acerca do chamamento, o trabalhador pode expressamente aceitá-lo comunicando ao empregador, ou negá-lo. Na ausência de uma resposta é que se estabelece a controvérsia. A regra, nesses casos, é a rescisão do contrato de traballo restando caracterizado *despido impropcedente*<sup>10</sup>. Não se pode olvidar, porém, a possibilidade do trabalhador estar, eventualmente, desempenhado outra atividade cuja contratação seja, também, *fija discontinua*, restando impossibilitado de cumprir dois contratos ao mesmo tempo, o que permite questionar a rescisão do contrato, como

<sup>7</sup>GARCÍA, Rosa María Morato. Contratación fija discontinua de carácter irregular y la reincorporación al trabajo. BAZ RODRÍGUES, Jesús (Cord.). *Trabajo a tempo parcial y flexseguridad* (estudios em el marco del debate europeo – modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI). Granada, 2008. p. 146-149.

<sup>8</sup>Ibidem. p. 126-127.

<sup>9</sup>Ibidem. p. 129. A autora sugere a utilização de “*carta certificada con acuse de recibo*”, semelhante à nossa correspondência com aviso de recebimento em mãos próprias – Carta AR/MP.

<sup>10</sup>A grosso modo se aproxima da (in)justa causa, no direito brasileiro.

sendo regra<sup>11</sup>.

Nesses casos, o ideal é que se não se silencie, mas que se apresente uma justificativa ao empregador, também de forma inequívoca. Assim procedendo, o empregado fica dispensado de se apresentar nos quinze dias subsequentes, ou somente se apresenta ao término das atividades que vinha desempenhando em favor do segundo empregador, ou também, ao final da *campana*.

A ordem de convocação – ou *incorporación* – deve estar disposta em uma lista de convocação permanente, sempre à disposição dos empregados. Os critérios são estabelecidos através de fatores como antiguidade, especialização e mesmos dias de trabalhos anuais. O desrespeito à ordem de convocação e os critérios estabelecidos, ou, ainda, a ausência de chamamento ao trabalho, podem caracterizar *despido improcedente*. *Despido improcedente* acarreta em reintegração do empregado ao seu posto de trabalho e o pagamento de uma indenização correspondente, consubstanciada no pagamento dos salários correspondentes aos dias que tinha direito de trabalhar.

Vale dizer que a ordem de convocação, ou chamamento, não possui períodos certos. Dependem de circunstâncias que variam de acordo com a situação econômica do mercado, ou, em alguns casos, de fatores climáticos. Durante o período de *stand by*, o trabalhador permanece vinculado à previdência social recebendo benefício assistencial semelhante ao seguro desemprego brasileiro, embora não esteja o trabalhador espanhol desempregado durante este período.

#### 4 CONTRATACIÓN FIJA DISCONTÍNUA VERSUS CONTRATACIÓN A TIEMPO DETERMINADO

A *contratación fija discontinua* apresenta proximidades tão estreitas com o contrato a tempo determinado que, em algumas situações, as duas espécies de contrato de trabalho acabam por se confundir. Por isso se faz necessária, ainda que de forma superficial, alguma distinção.

De um lado o contrato *fijo discontinuo* apresenta uma prestação laboral desenvolvida de forma cíclica, regular ou irregular, dentro do volume de atividade normal da empresa. De outro, o contrato a prazo determinado

<sup>11</sup>“Ésta es una opción excesivamente severa que resulta criticable desde la perspectiva de lo desafortunado que resulta equiparar el silencio del asalariado que no informa en la fecha indicada sobre su disposición para reintegrarse al trabajo con el desistimiento voluntario de su contrato. Sin perjuicio, eso sí, de otras consecuencias que pueda el convenio prever para estos casos (el paso al último puesto de la lista del personal trabajador fijo discontinuo, la pérdida del derecho a ser convocado en la campaña en curso, etc.) pues la conducta del trabajador constituye un incumplimiento contractual. Considerar, como han defendido algunos autores, que el empresario puede deducir que la ausencia de contestación al llamamiento se traduce en una dimisión del trabajador (o incluso la contestación que se ofrece fuera de los plazos señalados por convenio), precaria de un elemento añadido. La observación de las circunstancias adyacentes há de permitir al empresario confirmar que la ausencia de la comunicación requerida al trabajador es una muestra palmaria e inequívoca de su voluntad extintiva”. Ibidem. p. 131.

visa atender necessidades transitórias, alheias ao processo produtivo de volume normal, e por assim dizer, picos de demanda e acúmulos de tarefas excepcionais.

Como se vê a aproximação é tamanha, que a legislação não poderia ignorar a possibilidade de uma conversão dos contratos a prazo determinado em *fijo discontinuos*. Isso pode se dar, via de regra, por dois motivos.

Primeiro deles é quando ocorrer fraude, através de sucessivas contratações temporárias<sup>12</sup> demonstrando a necessidade da mão de obra por prazo determinado, embora intermitente. Ou, ainda, quando as circunstâncias acarretem, de boa-fé, situações nas quais seja possível que contratações temporárias sucessivas assumam as características de contratação *fija discontinua*. A condição de *fijo discontinuo* é que vai ditar o início do prazo prescricional da ação por descumprimento de obrigação de chamamento.

## 5 PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE CHAMAMENTO

A ação por descumprimento da obrigação de chamamento é outro ponto onde surgem problemas práticos de aplicação do contrato *fijo discontinuo* na Espanha. Primeiro, porque o regime jurídico do contrato apresenta similitudes, como se viu, com o contrato a tempo determinado e, em algumas situações, inclusive, comportando conversão.

O termo inicial de contagem do prazo prescricional, dos trabalhadores reconhecidamente *fijo discontinuos*, se inicia com a ciência inequívoca de sua não convocação. Ou seja, o contrato – necessariamente por escrito – previu a data de chamamento e não houve a convocação na data prevista, inicia-se a contagem do tempo prescricional. Todavia, quando o trabalhador for, pelas características do trabalho que desempenha, *fijo discontinuo*, mas com a finalidade de fraudar a Lei se apresentar como trabalhador temporário, novamente problemas de aplicação prática irão surgir.

Em casos reiterados de contratação temporária como forma de fraudar uma contratação *fija discontinua*, exige-se que o trabalhador, primeiro, busque o judiciário para ver reconhecida sua condição de *fijo discontinuo*. Somente a partir do reconhecimento é que o prazo prescricional passará a fluir.

Todavia, vale destacar que todo o ônus decorrente de uma fraude arquitetada pelo empregador, é suportado pelo trabalhador, parte débil de

---

<sup>12</sup>Veja-se a leitura da jurisprudência espanhola: *Trabajadora fija discontinua y no temporal. El trabajo desempeñado en un espectáculo en el que lo importante no es el artista sino que las canciones sean de temporada, es fijo discontinuo. La falta de llamamiento en la temporada siguiente es despido improcedente. Falta de contradicción.* (Tribunal Supremo, Sala de lo Social; ROJ: ATS 3448/2012; Recurso: 2825/2011; Data: 06/03/2012)

relação que terá de amargar por resposta nas incertezas do Poder Judiciário. Registre-se, por conseguinte, que a jurisprudência espanhola está longe de pacificar entendimentos em relação a essas novas modalidades de contratação.

## 6 POSSÍVEIS APROXIMAÇÕES COM O DIREITO BRASILEIRO

A contratação *fija discontinua* enquanto submodalidade de trabalho a tempo parcial, no direito espanhol, não encontra correspondência direta às modalidades de trabalho do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, algumas modalidades de trabalho apresentam regulamentações específicas que podem ser reconduzidas a uma possível aproximação com a contratação *fija discontinua*, dentre as quais podemos nominar: contratos por tempo determinado; trabalhador avulso portuário; não portuário e os safristas.

O artigo 433, §1º e 2º, “a” e “b”<sup>13</sup> da CLT trazem as hipóteses típicas gerais de trabalho a prazo determinado, cujas características são traçadas pela prestação laboral de caráter transitório e de prazo determinado em vigência prefixada. No direito brasileiro, porém, o legislador preza muito mais o contrato de prazo indeterminado, do que o temporário. Já na legislação espanhola, o legislador incluiu o trabalho *fijo discontinuo* justamente como uma forma de inclusão social no mercado de trabalho, a ser privilegiada sempre que em detrimento das demais.

Outras aproximações possíveis com o direito brasileiro, dizem respeito aos safristas e os trabalhadores da construção civil. No contrato de safra, expirado normalmente o contrato, a empresa pagará ao safrista, a título de indenização do tempo de serviço, a importância de 1/12 do salário mensal, por mês de serviço ou fração superior a 14 dias (art. 14 da Lei n.º 5.889/73).

Também, nos contratos de trabalhadores na construção civil realizados por obra certa, rescindido o contrato em face do término da obra ou serviço, tendo o empregado mais de 12 meses de serviço, terá direito a indenização por tempo de trabalho, na forma do art. 478 da CLT, com 30% de redução (art. 2.º da Lei n.º 2.959/56). Vale destacar que o legislador estabeleceu que o primeiro ano de duração do contrato é considerado período de experiência, não sendo devida qualquer indenização, como ocorre nos contratos por tempo indeterminado. O FGTS acabou por substituir a referida indenização a partir de 1988. Os trabalhadores temporários também tinham direito a uma indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 do pagamento recebido (art. 12, f, da Lei n.º

<sup>13</sup> art. 443, §§ 1º e 2º, a e b da CLT.

(...) § 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. § 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório;



6.019/74). Como o trabalhador temporário passou a ter direito ao FGTS (§ 2.º do art. 15 da Lei n.º 8.036/90), não é mais devida a referida indenização<sup>14</sup>.

O trabalhador avulso portuário (Lei 8.630/1993) e o não portuário (Lei 12.023/2009), em que pese não estarem vinculados através de *contrato* de trabalho, possuem direitos equiparados por força do art. 7º, XXXIV da Constituição Federal Brasileira<sup>15</sup>. Aproximam-se da prestação laboral do contratado *fijo discontinuo*, pois podem prestar serviços em favor de diversas empresas, através da intermediação do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) ou de Sindicato, cuja função precípua é organizar escalas e listas de trabalhadores disponíveis, em similitude com o direito espanhol e o processo de chamamento.

As aproximações são rasas e escassas, já que a contratação *fija discontinua* é alheia ao direito do trabalho brasileiro, podendo-se apenas vincular-se ou aproximar-se às formas de trabalho mencionadas. O artigo 476-A da CLT, poderia, também, ser lembrado em razão da suspensão do contrato de trabalho – a exemplo do que acontece após o cumprimento da *campanha* no contrato *fijo discontinuo* mas se trata de Lei cuja aplicabilidade é questionável, pairando muito mais no plano da ficção jurídica do que da aplicação plena.

## 7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é possível afirmar que a contratação *fija discontinua* representa simbolicamente a precarização do trabalho espanhol. É uma medida justificável de inclusão no mercado de trabalho, no contexto de uma segurança social do trabalhador, mas que nem sempre traduz em eficácia plena do direito ao trabalho.

Basta se distanciar da letra da Lei e se aproximar da realidade social espanhola para perceber que o trabalhador *fijo discontinuo*, na verdade, é *fijo* descontente. Como regra, a prestação laboral assumida pelo *fijo discontinuo* é aquela remanescente, que nenhum outro trabalhador quis assumir. Resta ao *fijo discontinuo* assumir o posto do trabalho indigesto ou amargar na incerteza de uma nova vaga de trabalho.

Ainda assim, as reformar legislativas parecem ter atingido a pretensão de incluir no mercado de trabalho os trabalhadores marginalizados pela desqualificação. Remanescem alguns problemas no plano de aplicação prática da contratação *fija discontinua*, mas que a jurisprudência tem buscado sanar através de construções interpretativas plausíveis.

Embora seja possível vislumbrar uma aproximação, muito longínqua, com o direito brasileiro, se adotada no nosso ordenamento, por

<sup>14</sup>PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Atlas. 1999. p. 338.

<sup>15</sup>Ibidem. p. 441.

certo seria mais um permissivo legal em pleno desuso. O artigo 476-A da CLT, embora seu surgimento tenha se dado com outro desiderato, pode ser tido como exemplo de leis que não encontram aplicação prática.

Por fim, o diálogo entre ordenamentos jurídicos de forma comparativa é sempre profícuo esclarecedor e nos habilita a exaltar e melhor conhecer o que temos<sup>16</sup>, ou tecer críticas apontando caminhos para que se possam trilhar alternativas à solução de problemas eventualmente diagnosticados.

## REFERÊNCIAS

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús. El marco jurídico comunitario del trabajo a tempo parcial. Reflexiones em el contexto de la “flexseguridad”. In: BAZ RODRÍGUEZ, Jesús (Cord.). Trabajo a tempo parcial y flexseguridad (estudios em el marco del debate europeo – modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI). Granada, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*. ano XXXVI. Março 2009.

GARCÍA, Rosa María Morato. Contratación fija discontinua de carácter irregular y la reincorporación al trabajo. BAZ RODRÍGUEZ, Jesús (Cord.). Trabajo a tempo parcial y flexseguridad (estudios em el marco del debate europeo – modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI). Granada, 2008.

PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Atlas. 1999.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social; ROJ: ATS 3448/2012; Recurso: 2825/2011; Data: 06/03/2012.

---

<sup>16</sup>FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da justiça norte-americana. *Revista da Ajuris*. ano XXXVI. Março 2009. p.77.