AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

DIREITO DO TRABALHO

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de.
Direito do Trabalho.
Aracaju: Evocati, 2011,
ISBN 9788599921081

DIREITO DO TRABALHO

Curso e Discurso

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO

1 – ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 A pré-história do direito do trabalho. 1.2 Os fatores econômicos que inspiraram o direito do trabalho. 1.2.1 A revolução industrial. 1.2.2 O trabalho humano, produtivo, alheio e livre. 1.3 Os fatores sociais que inspiraram o direito do trabalho. 1.3.1 Os primeiros movimentos de insurreição dos trabalhadores. 1.3.1.1 A reação dos trabalhadores na Inglaterra. 1.3.1.2 A reação dos trabalhadores na França. 1.3.1.3 A reação dos trabalhadores na Alemanha. 1.3.2 A organização das profissões. 1.4 Os fatores políticos que inspiraram o direito do trabalho.

2 – HISTÓRIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

2.1 Direito coletivo e institutos afetos – sindicato, greve e convenção coletiva. 2.2 O sindicalismo no sistema capitalista de produção. 2.3 O sindicalismo sob intervenção totalitária.

3 – HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

3.1 Pré-história do direito do trabalho: trabalho escravo e corporações de arte e ofício no Brasil. 3.1.1 As corporações de ofício na Europa e a analogia com o emprego. 3.1.2 A escravidão na América e especialmente no Brasil. 3.1.3 A escravidão inibe as corporações de ofício no Brasil. 3.1.4 As leis trabalhistas surgiram antes da abolição da escravatura. 3.2 A substituição do escravo africano pelo imigrante europeu. 3.3 O direito do trabalho e a industrialização no Brasil.

4 – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

4.1 Conceito. 4.2 As fontes materiais e as fontes formais do direito. 4.2.1 As fontes formais do direito do trabalho. 4.3 Métodos de integração da norma jurídica. 4.4 Eficácia da norma trabalhista no tempo e no espaço. 4.4.1 Eficácia da norma trabalhista no tempo. 4.4.2 Eficácia da norma trabalhista no espaço.

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Endereço eletrônico: aclc@globo.com

5 – PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

5.1 Conceito e funções do princípio. 5.2 Preeminência do princípio constitucional da dignidade (da pessoa) humana. 5.2.1 A importante contribuição do positivismo jurídico na conceituação da dignidade humana. 5.2.2 A adoção do princípio da dignidade na relação entre capital e trabalho. 5.3 Princípios especiais do direito do trabalho. 5.3.1 Princípio da proteção. 5.3.2 Princípio da irrenunciabilidade. 5.3.2.1. A indisponibilidade e a prescrição de pretensões trabalhistas. 5.3.3 Princípio da continuidade. 5.3.4 Princípio da primazia da realidade. 5.3.5 Princípio da razoabilidade. 5.3.6 Princípio da boa-fé. 5.3.7 Princípio da igualdade de tratamento. 5.3.8 Princípio da autodeterminação coletiva. 5.3.8.1 A autonomia coletiva e os princípios regentes da organização sindical. 5.3.8.2 A autodeterminação coletiva e a *flexibilização* do direito do trabalho. O princípio constitucional da proteção ao trabalhador.

6 – A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

6.1 A prescrição e o temor de propor a ação. 6.2 *Actio nata* como termo inicial do prazo prescricional de cinco anos. 6.3 Outras relevantes cizânias jurisprudenciais frente à evolução constitucional e das leis. 6.3.1 Os fundamentos *tradicionais* da prescrição total de cinco anos. 6.3.2 A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional. 6.3.3 A possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição total de pretensão fundada em nulidade. 6.3.4 A jurisprudência trabalhista sobre a prescrição da pretensão que investe contra o negócio jurídico nulo. 6.3.5 A extinção do contrato como único termo inicial da prescrição bienal. 6.3.6. Súmulas 326 e 327 do TST – a complementação de proventos da aposentadoria. 6.3.7 A posição do STJ sobre o tema. Súmula 85 do STJ e prescrição do fundo de direito.

7 - EMPREGADO

7.1 O conceito de empregado a partir da realidade social. 7.2 Conceito legal de empregado. Requisitos da prestação laboral. 7.2.1 A pessoalidade. 7.2.2 A não eventualidade. 7.2.2.1 Distinção entre o trabalho não eventual e o trabalho intermitente. 7.2.2.2 Distinção entre o trabalho não eventual e o trabalho temporário. 7.2.2.3 Distinção entre o trabalho não eventual e o trabalho avulso. 7.2.3 A subordinação. 7.2.3.1 Fundamento e grau da subordinação. 7.2.3.2 O poder de comando – contraface da subordinação. A) Morfologia do poder de comando. B) Natureza jurídica do poder de comando. C) Do poder regulamentar – extensão do poder diretivo. 7.2.4 A onerosidade. 7.3. Os elementos acidentais da prestação laboral. 7.4 Empregados excluídos da proteção pela CLT. 7.5 Tipos especiais de empregados. 7.5.1 Altos-empregados. Os empregados-diretores e os diretores-empregadores. 7.5.2 Os empregados públicos. 7.5.3 Os empregados domésticos. 7.5.4 O empregado em domicílio. 7.5.5 O trabalho intra-familiar – entre filhos e pais ou entre cônjuges. 7.5.6 O empregado aprendiz. 7.5.6.1 Distinção de aprendizagem e estágio curricular. 7.5.7 Os trabalhadores intelectuais. 7.5.8 Os empregados-sócios. 7.5.9 O trabalhador cooperativado. 7.5.10 O trabalhador rural.

8 – EMPREGADOR

8.1 Empresa. 8.2 O conceito legal de empregador. 8.3 Empresa e estabelecimento. 8.4 Sucessão de empregadores. 8.4.1 A sucessão em outras searas do direito.

8.4.1.1 Os efeitos da transferência do estabelecimento no direito civil. 8.4.1.2 Os efeitos da transferência do estabelecimento na relação de consumo. 8.4.1.3 Os efeitos da transferência de estabelecimento na relação tributária. 8.4.2 A sucessão trabalhista no Brasil. 8.4.3 A sucessão trabalhista em situações normais e anormais. 8.4.3.1 A mudança na estrutura jurídica da sociedade empresária. 8.4.3.2 A sucessão no âmbito de empresas prestadoras de serviço. 8.4.3.3 A sucessão entre sociedades irregularmente constituídas. 8.4.3.4 A invalidade da sucessão simulada. 8.4.3.5 Os efeitos da sucessão predatória. 8.5 A solidariedade entre entes empresariais que integram grupo econômico. 8.6 A subcontratação e a intermediação de mão-de-obra. 8.6.1 A subempreitada em vista da Súmula 331 do TST. 8.6.2 A Súmula 331, IV e a responsabilidade subsidiária do ente público.

9 – REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

9.1 Conceito. 9.1.1 As teorias da tripartição e da bipartição. 9.2 O salário. 9.2.1 O salário mínimo. 9.2.1.1 Salário mínimo profissional. Piso salarial. 9.2.1.2 O salário por unidade de tempo e o salário mínimo. Jornada reduzida. 9.2.1.3 O salário variável e o salário mínimo. Hipótese de jornada reduzida. 9.2.2 Salário-utilidade. 9.2.2.1 Limites percentuais do salário-utilidade. 9.2.2.2 Configuração do salário-utilidade. 9.2.2.3 Conversão em dinheiro. Salário-utilidade na suspensão contratual. 9.2.3 Modalidades de salário. 9.2.3.1 Comissão e percentagem. 9.2.3.2 Gratificações ajustadas. A) O décimo terceiro salário: a antiga gratificação natalina. B) A gratificação de função. Reversão ao cargo efetivo. Incorporação da gratificação ao salário. C) A gratificação e o prêmio. 9.2.3.3 Diária para viagem. A distinção entre diária e ajuda de custo. 9.2.3.4 Abono. 9.2.4 O salário-base e os complementos salariais. 9.2.4.1 A acessoriedade dos complementos salariais. 9.2.4.2 A periodicidade dos complementos salariais. 9.2.4.3 A multicausalidade e a plurinormatividade dos complementos salariais. 9.2.4.4 A condicionalidade dos complementos salariais. 9.2.5 Prestações trabalhistas sem natureza salarial ou remuneratória. 9.2.5.1 A participação nos lucros, resultados ou gestão da empresa. 9.2.5.2 O Programa de Integração Social (PIS). 9.2.5.3 O Programa de Alimentação ao Trabalhador. 9.2.5.4 O vale-transporte. 9.3 A remuneração. 9.3.1 A gorjeta imprópria. 9.3.2 A oportunidade de ganho. 9.3.3 A remuneração, em especial a gorjeta, como base de cálculo de outras parcelas. 9.4 Os adicionais (*indenizações* na teoria da tripartição). Vedação à incidência recíproca. 9.4.1 O adicional de hora extra. 9.4.2. O adicional noturno. 9.4.2.1 O trabalho noturno em regime de revezamento. 9.4.2.2 O trabalho noturno decorrente da natureza da atividade. 9.4.2.3 A prorrogação do trabalho noturno. 9.4.2.4 O trabalho noturno do empregado rural. 9.4.2.5 O trabalho noturno em regimes especiais – empregado portuário e advogado. 9.4.3 Os adicionais de insalubridade e de periculosidade. 9.4.3.1 Hipóteses de incidência. 9.4.3.2 A base de cálculo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 9.4.3.3 A prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho. 9.4.3.4 A necessidade de perícia técnica em sede judicial. 9.4.3.5 A supressão do direito ao adicional pela neutralização ou eliminação do risco. 9.4.3.6 A condicionalidade do direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade. 9.4.3.7 A inacumulabilidade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. 9.4.4 O adicional de transferência. 9.5 Os princípios informantes da teoria jurídica do salário. 9.5.1 Princípio da irredutibilidade. 9.5.2 Princípio da integridade do salário. 9.5.2.1 A integridade do salário e sua determinação supletiva. 9.5.2.2. A integridade do salário e a vedação de descontos. A) O desconto salarial e o risco da

atividade econômica. Recebimento de cheques sem fundo por frentistas. Dano por colisão de veículo por culpa de motorista. As diferenças de caixa e a gratificação *quebra-de-caixa.* B) O desconto da contribuição assistencial. 9.5.3 Princípio da intangibilidade do salário. 9.5.3.1 Proteção contra a imprevidência do empregador. Falência do empresário empregador. Recuperação judicial e extrajudicial do empregador. Liquidação extrajudicial da sociedade empregadora. 9.5.3.2 Proteção contra a imprevidência do empregado. Incessibilidade. Impenhorabilidade absoluta. 9.5.4 Princípio da igualdade de salário. 9.5.4.1 Os pressupostos da equiparação salarial com empregado brasileiro. 9.5.4.2 A existência de quadro de carreira – fato impeditivo da equiparação. Direito ao enquadramento. 9.5.4.3 Equiparação salarial com estrangeiro. 9.5.5 Princípio da certeza do pagamento do salário. 9.5.5.1 A certeza que emana do *modo* de pagar o salário. O recibo de pagamento e o salário complessivo. 9.5.5.2 A certeza quanto ao valor do salário. 9.5.5.3 A certeza quanto ao tempo e ao lugar do pagamento de salário.

10 – DURAÇÃO DO TRABALHO

10.1 Duração. Jornada. Horário. 10.2 A jornada de trabalho. 10.2.1 Critérios gerais de fixação da jornada. 10.2.1.1 O tempo de trabalho e o tempo à disposição do empregador. O ônus da prova. 10.2.1.2 O tempo de deslocamento residência-trabalho-residência. 10.2.1.3. O tempo de afastamento justificado. 10.2.2 Critérios especiais de fixação da jornada. 10.2.2.1 O tempo de prontidão. 10.2.2.2 O tempo de sobreaviso. 10.2.2.3 O tempo de intervalo especial. 10.2.3 Jornada extraordinária. 10.2.3.1 Jornada realmente extraordinária. 10.2.4 Jornadas normais reduzidas. 10.2.5 Compensação de jornadas. *Banco de horas* e fonte do direito. 10.2.6 Turnos ininterruptos de revezamento. 10.2.6.1 Os intervalos em turnos ininterruptos de revezamento. 10.2.6.2 A sobrevigência da Lei 5811/72. 10.2.6.3 A redução da hora noturna no sistema de turnos ininterruptos de revezamento. 10.2.7 Trabalhadores não protegidos pela norma regente da duração do trabalho. 10.3 Intervalos intrajornadas e interjornadas. 10.3.1 Intervalos intrajornadas. 10.3.1.1 Intervalo mínimo. Autorização do Ministério do Trabalho para redução e efeitos da supressão. 10.3.1.2 Intervalo máximo. Possibilidade de prorrogação por norma escrita. Efeitos da dilação não autorizada. 10.3.2 Intervalos interjornadas. 10.3.2.1 Intervalo entre duas jornadas. 10.3.2.2 Repouso semanal e em feriados. A) A *preferência* da folga aos domingos. B) A folga obrigatória em feriados. C) A folga e a remuneração da folga. D) A remuneração do trabalho em dia de folga. 10.3.2.3 Férias. A) Conceito, finalidade e história das férias. B) Natureza jurídica das férias. C) Aquisição do direito ao gozo de férias. D) Período concessivo das férias. Poder patronal de datar a fruição das férias. Fracionamento. Aviso prévio e registros pertinente. D–1) Período legal de fruição em meio ao período concessivo. E) Possibilidade de conversão em pecúnia. F) Remuneração das férias. G) Férias não concedidas. Remuneração em dobro e outras sanções. H) Férias coletivas. I) Efeitos da cessação do contrato. Férias vencidas e proporcionais. J) Férias remuneradas mas não gozadas. K) As férias do empregado doméstico. L) Prescrição das férias. M) A Convenção 132 da OIT.

11 – NATUREZA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

11.1 Natureza ou fonte das obrigações. 11.2 As teorias anticontratualistas A) A teoria da relação de trabalho. B) A teoria institucionalista. 11.3 As teorias

contratualistas. A) Teoria do contrato de locação. B) Teoria do contrato de compra e venda. C) Teoria do contrato de sociedade. D) Teoria do contrato de mandato. E) Teoria do contrato-realidade.

12 – CONTRATOS AFINS AO DE EMPREGO

12.1 Relação de emprego: espécie do gênero relação de trabalho. 12.2 A relevância da subordinação como elemento distintivo. 12.3 A locação de serviços e o *novo* contrato de prestação de serviços. 12.4 Distinção entre emprego e empreitada. 12.5 Distinção entre emprego e mandato. 12.6 Distinção entre emprego e sociedade. 12.7 Distinção entre emprego e relação de consumo.

13 – CARACTERES DO CONTRATO DE EMPREGO

13.1 Classificação do contrato de emprego. 13.1.1 Contrato nominado. 13.1.2 Contrato de direito privado. 13.1.3 Contrato principal. 13.1.4 Contrato consensual. 13.1.5 Contrato bilateral. 13.1.6 Contrato oneroso e comutativo. 13.1.7 Contrato *intuitu personae.* 13.1.8 Contrato continuado. 13.1.9 Contrato de adesão.

14 – ELEMENTOS DO CONTRATO DE EMPREGO

14.1 O que são elementos de um contrato. 14.2 Elementos essenciais do contrato de emprego. 14.2.1 Os pressupostos: a *capacidade,* a *liceidade do objeto* e, em alguns casos, a *legitimação.* A) A capacidade trabalhista. B) A licitude do objeto. C) A legitimação. 14.2.2 Os requisitos da relação de trabalho: *causa, consentimento* e, excepcionalmente, a *forma especial.* A) A causa. B) O consentimento. C) A forma escrita ou a exigência de solenidade. 14.3 Elementos acidentais do contrato de emprego.

15 – CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE EMPREGO

15.1 Classificação quanto aos sujeitos. 15.2 Classificação dos contratos de emprego quanto à duração. 15.2.1 O termo final em norma geral. 15.2.2 O termo final em norma especial. 15.2.3 Contrato de trabalho sob condição resolutiva. 15.2.4 Peculiaridades dos contratos a termo. Duração máxima. Recondução tácita. Suspensão contratual. Ruptura antecipada. Aquisição de estabilidade. Sucessão de contratos com termo certo.

16 – CONTEÚDO DO CONTRATO DE EMPREGO

16.1 A semântica da teoria dos contratos – distinção entre *conteúdo* e *objeto mediato.* 16.2 O conteúdo do contrato de emprego.

17 – ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

17.1 A alteração contratual no âmbito do direito civil. 17.2 Considerações gerais sobre a alteração contratual no âmbito do direito do trabalho. O direito de variar e o direito de resistir. 17.3 Alterações por intervenção do Estado e por negociação

coletiva. 17.4 Alterações voluntárias do contrato de emprego. 17.4.1 A alteração consensual do contrato de emprego. 17.4.2 A inalterabilidade unilateral do contrato e o *jus variandi.* 17.4.2.1 A alteração funcional e seu limite de licitude. 17.4.2.2 A tentativa de padronizar o *jus variandi.* 17.4.2.3 A mudança de localidade e seus efeitos pecuniários. Grupo econômico. 17.4.2.4 O *jus variandi* extraordinário.

18 – SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

18.1 A suspensão contratual sob a ótica do direito do trabalho. 18.2 Nome e conteúdo dos tipos de suspensão. 18.3 Classificação legal. 18.3.1 Hipóteses de *interrupção* contratual. 18.3.2 Hipóteses de *suspensão* contratual. 18.3.2.1 Efeitos da suspensão contratual no tocante a prestações não sinalagmáticas – assistência escolar, médica ou odontológica. 18.3.2.2 Efeitos da suspensão contratual no tocante à justa causa. 18.3.2.3 A proteção ao empregado portador da AIDS. 18.3.2.4 Efeitos da suspensão contratual no tocante à prescrição. 18.3.3 Casos híbridos. Efeitos jurídicos. 18.4 Conversibilidade da suspensão do contrato.

19 – CESSAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

19.1 Terminologia. 19.2 Resilição do contrato de emprego. Direito potestativo, ônus da prova e aviso prévio. 19.2.1 O aviso prévio. 19.2.1.1 Conceito e cabimento do aviso prévio. 19.2.1.2. Forma do aviso prévio. Aviso prévio de trabalhador menor. 19.2.1.3. Indenização compensatória do aviso prévio. Integração ao tempo de serviço do aviso prévio indenizado pelo empregador. 19.2.1.4 Prazo de aviso prévio. 19.2.1.5 Especificidades do aviso prévio devido pelo empregador. 19.2.1.6 Natureza jurídica do aviso prévio. 19.2.1.7 Aviso prévio e justa causa. Aquisição de estabilidade provisória. 19.2.1.8 Aviso prévio e suspensão contratual. 19.2.1.9 Aviso prévio, prazo para pagamento das resilitórias e prescrição. 19.2.2 Assistência ao empregado demissionário. Empregado menor que se demite. 19.3 Resolução do contrato de emprego. Extinção normal. Justa causa. 19.3.1 A resolução mediante extinção normal do contrato de emprego. 19.3.2 A justa causa – implemento da condição resolutiva tácita. 19.3.2.1 A *justa causa* e a *falta grave.* 19.3.2.2 As justas causas atribuíveis aos empregados. A) Ato de improbidade. B) Incontinência de conduta ou mau procedimento. C) Negociação habitual. D) Condenação criminal. E) Desídia no desempenho das funções. F) Embriaguez habitual ou em serviço. G) Violação de segredo da empresa. H) Indisciplina ou insubordinação. I) Abandono de emprego. J) Ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas. K) Prática constante de jogos de azar. 19.3.2.3 As justas causas atribuíveis aos empregadores. A) Serviços superiores às forças do empregado. B) Rigor excessivo. C) Perigo manifesto de mal considerável. D) Não cumprimento de obrigações do contrato. E) Ato lesivo da honra ou boa fama. Ofensas físicas. F) Redução do trabalho remunerado por peça ou tarefa. 19.3.2.4 A culpa recíproca. 19.3.2.5 Justa causa do empregado doméstico. 19.3.2.6 A resolução do contrato de empregado público. 19.3.2.7 A greve e a resolução contratual. 19.4 Rescisão do contrato de emprego. 19.5 Caducidade do contrato de emprego. A) Morte do empregado. B) Aposentadoria do empregado. C) Morte do empregador. D) Força maior que determina a extinção da empresa. E) *Factum principis.* F) Outros casos de cessação da empresa ou estabelecimento. Falência. Recuperação judicial. Liquidação extrajudicial. G) A confusão como causa extintiva da obrigação trabalhista. 19.6 O

regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. 19.6.1 A história e a estrutura do sistema de depósitos. 19.6.2 Alíquotas e titulares do direito ao FGTS. 19.6.3 Natureza jurídica do FGTS. Contribuição social ou salário diferido. A Lei Complementar 110 e sua aparente inconstitucionalidade. 19.6.4 A movimentação da conta vinculada. 19.7 A forma e a força liberatória do recibo firmado no desate contratual. 19.8 Efeitos da cessação do contrato de emprego. 19.8.1 O direito à reintegração. 19.8.2 As prestações típicas da dissolução do contrato. A) Indenização e integração do período de aviso prévio. B) Férias em dobro, simples e proporcionais. C) Décimo terceiro salário proporcional. D) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e acréscimo indenizatório de 40%. E) Multa do artigo 477, §8º, da CLT. F) Sanção do artigo 467 da CLT. G) Indenização adicional. Artigo 9º da Lei 7238/84. H) Seguro-desemprego. I) Indenização por danos morais.

20 – ESTABILIDADE NO EMPREGO

20.1 Fonte jurídica e tipologia da estabilidade. 20.2 A estabilidade definitiva. 20.3 A estabilidade provisória. 20.3.1 A estabilidade sindical. 20.3.2 A estabilidade dos membros da CIPA eleitos pelos empregados. 20.3.3 A estabilidade da gestante. 20.3.4 A estabilidade acidentária. 20.3.5 A estabilidade dos membros da Comissão de Conciliação Prévia eleitos pelos empregados. 20.3.6 A estabilidade do membro do Conselho Curador do FGTS. 20.3.7 A estabilidade do empregado eleito diretor de cooperativa. 20.3.8 A estabilidade do membro do CNPS. 20.3.9 A estabilidade dos representantes dos trabalhadores na empresa. 20.3.10 A estabilidade no período pré-eleitoral.

21 – DIREITO FUNDAMENTAL DE GREVE

1 Conceito. 2 A greve e o meio ambiente de trabalho. 3 A interação com os sistemas político e econômico por ocasião da greve. 4 A decomposição do conceito de greve. 4.1 A greve como direito fundamental – direito coletivo fundamental. 4.1.1 As dimensões individual e coletiva do direito fundamental à greve. 4.1.2 A greve como direito fundamental – a opção pela via pacífica e a ausência de métodos alternativos de solução dos conflitos coletivos. 4.1.3 O interesse coletivo e as greves geral, política e de solidariedade. 4.1.4 A greve como direito fundamental – o *lock-in* e o *lock-out.* 4.2 A greve e o princípio da boa-fé objetiva. 4.2.1 Imunização da greve contra a perturbação patronal. 4.2.2 Imunização da greve contra a perturbação obreira. 4.3 A suspensão do contrato durante a greve. 5 A greve sob intervenção judicial. 6 A greve e o interdito proibitório. 6.1 A ameaça à posse como pressuposto do interdito possessório. 6.2 A necessidade de audiência de justificação para a concessão do mandado proibitório.

Atualizado em julho de 2010

1
Origem do Direito do Trabalho

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 1.1 A pré-história do direito do trabalho. 1.2 Os fatores econômicos que inspiraram o direito do trabalho. 1.2.1 A revolução industrial. 1.2.2 O trabalho humano, produtivo, alheio e livre. 1.3 Os fatores sociais que inspiraram o direito do trabalho. 1.3.1 Os primeiros movimentos de insurreição dos trabalhadores. 1.3.1.1 A reação dos trabalhadores na Inglaterra. 1.3.1.2 A reação dos trabalhadores na França. 1.3.1.3 A reação dos trabalhadores na Alemanha. 1.3.2 A organização das profissões. 1.4 Os fatores políticos que inspiraram o direito do trabalho.

1.1 A pré-história do direito do trabalho

Houve tempo em que o homem produzia para atender às suas próprias necessidades e às de sua família, interagindo com a natureza e com outros homens que agiam à sua semelhança. Era um tempo, portanto, de mediações de primeira ordem[2], ou mediações primárias, e de comportamento instintivo.

Produzindo o que era útil para o próprio consumo, o homem primitivo desconhecia o conceito de mercadoria e o mundo do trabalho não comportava, em situação de normalidade, a estrutura hierárquica que mais tarde viria a predominar nas relações de trabalho. A terra não estava repartida, nem havia quem a repartisse.

A troca ou escambo ganhou, progressivamente, alguma complexidade até que se iniciou um processo de conversão do valor de uso em valor de troca[3], pois as coisas transferidas não o eram mais segundo o valor da utilidade que proporcionavam, mas passaram a ter o seu valor inflado pelo trabalho humano e, mais adiante, pelo valor que correspondia ao lucro, vale dizer, o ganho do empresário que precisava existir para justificar o seu investimento na produção.

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Sobre o tema, ver, por todos, Ricardo Antunes (ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Editorial Boitempo, 2000, *passim*).

[3] As expressões *valor de uso* e *valor de troca* são usadas por Marx (MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política*. Tradução de Edgard Malagodi. Coleção *Os Pensadores.* São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, *passim*), mas, segundo nota na p. 57, foram cunhadas por Aristóteles, que assim se referiu: "Pois todo o bem pode servir para dois usos... Um é próprio à coisa como tal, mas o outro não o é: assim, uma sandália pode servir como calçado, mas também pode ser trocada. Trata-se, nos dois casos, de valores de uso da sandália, porque aquele que troca a sandália por aquilo de que necessita, alimentos, por exemplo, serve-se também da sandália como sandália. Contudo, não é este o seu modo natural de uso. Pois a sandália não foi feita para a troca. O mesmo se passa com os outros bens".

O investimento na produção de mercadorias, em escala industrial, não foi a primeira forma de inversão do capital a contribuir para que se reduzissem gradualmente as mediações de primeira ordem. Um modelo econômico que pressupunha a realização de capital e, sob perspectiva histórica, precedeu o sistema capitalista fora decerto o sistema mercantilista. Desde as primeiras formas de mercantilismo (*bulionismo* ou *metalismo*), preconizava-se estar a riqueza das nações associada à quantidade de metais preciosos – ouro e prata – acumulada, servindo o incremento das exportações a esse fim. Não por acaso, as nações colonialistas impediam que o ouro da colônia fosse vendido a outros povos.

Também a exploração do trabalho humano não surgiu, evidentemente, com a primeira revolução industrial. Ademais de citar o trabalho escravo e as suas modalidades – desde aquele que se realizava por meio de prisioneiros de guerra até o crudelíssimo aprisionamento da gente africana – podem-se mencionar o labor dos servos de gleba[4] e dos aprendizes e oficiais nas corporações de arte e ofício[5].

O aparecimento do direito do trabalho tem relação com um modo específico de produção capitalista que emergiu com a realidade social sobrevinda após os movimentos de ruptura sócio-política e econômica que caracterizaram o fim da era moderna, no tumultuado século XVIII. As condições adversas do trabalho humano que se percebiam no âmbito do emprego industrial exigiam um sistema de compensação jurídica que por zelo ou hipocrisia as legitimasse, atenuando o seu caráter espoliativo, além de demandarem uma construção teórico-filosófica que fizesse face à ideia, desde antes difundida entre os colbertistas, de que o industrial deveria assegurar aos seus trabalhadores apenas a remuneração que lhes garantisse a sobrevivência, pois do contrário não ocorreria a acumulação de riqueza tão cara ao mercantilismo.

Inspirando-se em sistematização proposta por Maurício Godinho Delgado[6], convém destacar os fatores econômicos, sociais e políticos que deflagraram o surgimento do direito do trabalho como ramo específico do direito privado.

Pode ser referido como *fator econômico* o advento do trabalho humano, alheio, produtivo e livre mas subordinado que caracterizou o emprego industrial; o *fator social*

---

[4] Conforme ressaltamos em outro escrito, o homem se libertou do trabalho escravo, mas não completamente, pois se seguiu a Era Medieval e, nela, uma sociedade dividida em rígidos estamentos: os senhores feudais e os servos. A servidão era imposta a quase todos os camponeses e se diferenciava do trabalho escravo porque o servo se ligava à terra e pelo seu uso pagava diversos tributos, passando a ter novo amo quando a terra era vendida. Vinculava-se o servo à gleba como antes se vinculara o escravo ao seu senhor.

[5] *Vide* VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2004, p. 64. Os autores observam que o trabalho em regime gremial ou corporativo exibia algumas características coincidentes com a relação laboral própria da empresa capitalista, além de outras que o faziam diferente. As diferenças mais expressivas se encontravam no modo de se constituir a organização em que se realizava o trabalho. No plano das relações individuais, eram, porém, parecidas as condições em que se trabalhava sob as ordens dos mestres ou, mais adiante, dos empresários. As coincidências estavam presentes, por exemplo, na circunstância de que as ordenanças gremiais relativas ao período de prova, disciplina, duração do contrato e tempo de trabalho seguiam orientação análoga à que tem o atual direito do trabalho e também na peculiaridade de os aprendizes, companheiros e mestres serem trabalhadores livres. Mas os autores advertem, porém, que a liberdade de trabalho dos aprendizes era seriamente afetada, em muitos casos, pela combinação de uma longa duração de seus contratos – eram comuns contratos de seis anos – com um regime de desvinculação ou desate contratual muito rigoroso.

[6] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2008, p. 87.

mais relevante terá sido a concentração urbana que propiciou a organização das profissões e viabilizou assim os movimentos obreiros reivindicatórios; os *fatores políticos* a serem ressaltados são decerto a liberdade de exercer qualquer profissão sem as amarras da sociedade estamental ou mesmo do sistema corporativo, bem assim as ações coletivas que se desencadearam a partir do ambiente de empresa e geraram não apenas a normatização das condições de trabalho sem a colaboração do Estado, mas também o modelo de democracia social que se contraporia à solução de força preconizada por Marx para a conquista de uma sociedade menos desigual. Cabe destrinçar cada um desses fatos determinantes para o nascimento e consolidação do direito laboral.

1.2 Os fatores econômicos que inspiraram o direito do trabalho

Nos estertores do século XVIII, os trabalhadores perceberam a influência danosa da primeira revolução industrial na oferta de trabalho e recusaram, por isso, a submissão a normas inspiradas nos princípios da revolução burguesa, especialmente nos postulados da igualdade e liberdade que os supunham, no plano artificial das abstrações jurídicas, semelhantes a empresários que os submetiam, inclementemente, a condições injustas de trabalho.

Cabe-nos estudar, portanto e analiticamente, os atributos do trabalho que justificaram a nova regência, ou melhor, impende analisar o fenômeno social que motivou o surgimento do direito do trabalho. Antes de detalhar as condições em que o trabalhador prestara serviço naquele novo modelo de organização social, ou seja, na empresa que emergira com a primeira revolução industrial, convém, por certo, relembrar o significado e as derivações desse conceito (*revolução industrial*).

1.2.1 A revolução industrial

Poderia causar estranheza o uso indiscriminado do vocábulo *revolução* para designar uma transformação nos meios de produção – como é o caso da revolução industrial – e também alguns movimentos de ruptura política, como a Revolução Francesa de 1789 e, na mesma Inglaterra, a Revolução Gloriosa, um século antes. Ensina-nos Fábio Konder Comparato que "*revolutio*, em latim, é o ato ou efeito de *revolvere* (*volvere* significa volver ou girar, com o prefixo *re* indicando repetição), no sentido literal de rodar para trás e no figurativo de volver ao ponto de partida, ou de relembrar-se"[7].

Anota Comparato que o uso político do vocábulo *revolução* "começou com os ingleses, no sentido de uma volta às origens e, mais precisamente, de uma restauração dos antigos costumes e liberdades. [...] O termo *revolution* é assim usado, pela primeira vez, para caracterizar a restauração monárquica de 1660, após a ditadura de Cromwell"[8]. Deu-se, porém, um giro semântico a partir da Revolução Francesa, pois a mesma palavra que expressava o retorno ao regime político anterior passou a significar uma mudança completa de valores e na ordem dos fatos, com o sinal claramente prospectivo da promessa de um mundo novo:

> O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180º. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a

[7] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 124.
[8] *Idem, ibidem.*

> instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo a violência – para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos.[9]

Nos dias que correm, o termo revolução é polissêmico, embora preserve a conotação de ruptura que lhe foi dada pela Revolução Francesa. Lembra Paulo Bonavides[10] que pode tal palavra significar, para os historiadores, a "transformação fundamental de uma situação existente, não importa em que domínio"; enquanto para os juristas a revolução é essencialmente "a quebra do princípio da legalidade, a queda de um ordenamento jurídico de direito público, sua substituição pela normatividade nova que advém da tomada do poder e da implantação e exercício de um poder constituinte originário". Muito próximo e até se relacionando intrinsecamente com o conceito jurídico, o conceito político de revolução: a "modificação violenta dos fundamentos jurídicos de um Estado".

Interessa o tema sobretudo aos sociólogos e eles, quando instados ao conceito de revolução, concebem-na, como ocorrera a Marx, como "a busca retroativa de um desenvolvimento obstaculizado", o que corresponderia, na sociedade de classes em constante conflito, ao momento em que "as forças materiais de produção na Sociedade caem em contradição com as relações de produção existentes".

Ainda no campo sociológico, Ortega y Gasset observou que a revolução "não é barricada mas um estado de espírito", rematando enfim que "o revolucionário não se rebela contra os abusos da sociedade, conforme fazia o homem medieval, mas contra os usos, quer dizer, contra as instituições, como faz o homem moderno".

O mestre Bonavides, de cujo ensinamento extraímos várias destas breves notas, acrescenta: "se a mudança se refere ao pessoal de governo, não houve revolução, mas golpe de Estado; se a mudança, porém, atingiu a Constituição política e a forma de governo, já é possível falar em revolução, a saber, revolução política; se, porém, as transformações se verticalizarem mais [...], com ascensão de uma nova classe ao poder ou aparição de um novo sistema de camadas sociais, redistribuição de propriedade ou até mesmo sua abolição [...], aí o cientista político reconhecerá então a revolução social"[11].

Como se pode perceber, o termo revolução não comporta, sob o ponto de vista conceitual, redução sociológica, jurídica ou política. Os seus vários sentidos denotam mudança e não raro se interpenetram os vários matizes dos fatos ou atos que sociólogos, juristas e cientistas políticos classificam, ao mesmo tempo, como revolucionários.

O laboralista Evaristo de Moraes Filho[12] atribui a autoria da expressão *revolução industrial* a Arnold Toynbee, situando-a em escrito de 1884, e nos remete a trecho pinçado da obra de Blanqui (célebre revolucionário e socialista francês que passou na prisão quase trinta anos de sua vida):

---

[9] COMPARATO, *op. cit.*, p. 125.
[10] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 1997. p. 402.
[11] Bonavides. *Op. cit.* p. 408.
[12] MORAES FILHO, Evaristo de. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa.* São Paulo: LTr, 1993. Edição fac-similada, nota 33 da Parte I. p. 78.

> Enquanto a Revolução Francesa fazia suas grandes experiências sociais em cima de um vulcão, a Inglaterra começava as suas no terreno da indústria. O fim do século XVIII assinalou-se naquele país por descobertas admiráveis, destinadas a modificar a face do mundo e aumentar de modo inesperado o poder de seus inventores. As condições de trabalho sofreram a mais profunda modificação que haviam experimentado desde a origem das sociedades. Duas máquinas, imortais desde então, a máquina a vapor e a máquina de fiar, transformaram o velho sistema comercial e fizeram nascer no mesmo momento produtos materiais e questões sociais, desconhecidas dos nossos pais. Os pequenos trabalhadores iriam tornar-se tributários dos grandes capitalistas; a máquina-ferramenta substituía a roda de fiar, e o cilindro a vapor sucedia a economia doméstica.

O autor francês se referia ao maquinismo e à nova realidade social que dele emergia. E que progresso teve, afinal, a máquina, ao fim do século XVIII? Historiando a Idade Contemporânea, Cláudio Vicentino[13] anota que a revolução industrial se iniciou com a mecanização do setor têxtil, cuja produção tinha amplos mercados nas colônias, inglesas ou não, da América, África e Ásia. Alinha, entre as principais invenções mecânicas do período, a máquina de fiar, o tear hidráulico e o tear mecânico. Em 1712, Thomas Newcomen inventou a máquina movida a vapor, sendo sua invenção aperfeiçoda por James Watt (1765). Em 1805, surgiu o barco a vapor e em 1814, a locomotiva a vapor, sendo assim os transportes igualmente influenciados pela descoberta do vapor como força motriz.

Em verdade, a associação entre o maquinismo e a evolução dos meios de transporte tem um efeito singular: a um só tempo, produzia-se em série e se distribuía o bem produzido em mercados antes não explorados, o que estimulava novos investimentos na produção desse e de outros bens.

Inicialmente, a Inglaterra monopolizou a industrialização. Os ingleses abandonaram inclusive a produção e a exportação de produtos primários[14], transferindo-as para as colônias que, situando-se em zona temperada, possuíam solo fértil para a agricultura que era, na grande ilha europeia, substituída pela criação de carneiros que proveriam as novas indústrias têxteis[15].

É fato, porém, que o padrão inglês de industrialização exigia investimentos não muito elevados e tecnologia pouco complexa, o que permitiu a outros povos (Alemanha, EUA, França, Japão e Rússia) inserir-se gradualmente, ao decorrer o século XIX, no mesmo modelo de produção fabril que caracterizou a primeira revolução industrial[16].

Sobreveio, porém, a segunda revolução industrial, configurando-se afinal por uma maior escala de produção imposta pelo produção de novos bens que exigiam investimentos de maior monta, a exemplo da produção de energia elétrica, automóvel, química, petróleo, aço etc. Pochmann explica:

---

[13] VICENTINO, Cláudio. *História Geral.* São Paulo: Scipione, 1997, p. 284.

[14] Anota Marcio Pochmann (POCHMANN, Marcio. *O Emprego na Globalização*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 20) que "a Inglaterra pôde comportar apenas 9% de sua força de trabalho no setor primário, em 1900, enquanto os Estados Unidos possuíam 37% de sua população ativa no campo, a Alemanha 34%, a França 43%, a Itália 59%, a Espanha 67%, o Japão 69%, o México 71%, a Índia 72%, o Brasil 73%, a Rússia 77% e a China 81%, conforme apona a pesquisa de Morris & Irwin (1970)".

[15] Sobre o tema, ver, por todos, PRADO JR, *Formação do Brasil Contemporáneo*. São Paulo: Brasiliense, 2000, *passim*.

[16] Cf. Pochmann, *op. cit.*, p. 20.

> O surgimento de grandes empresas, por meio de fusão e cartéis, e a união dos capitais industrial e bancário (financeiro) viabilizaram, para poucos empresários, a possibilidade de produção e difusão de uma nova onda de inovação tecnológica. As dificuldades adicionais de acesso à segunda Revolução Industrial e Tecnológica tornaram mais complexas as possibilidades de transição das nações periféricas para as nações do centro capitalista. Assim, entre 1890 e 1940, as exportações mundiais de produtos manufaturados estiveram concentradas em apenas 5 países (Inglaterra, Estados Unidos, França, Japão e Alemanha), que respondiam por cerca de 80% do total do comércio internacional (Chirot, 1977).

A bem dizer, a segunda revolução industrial teve início na última metade do século XIX, quando se descobriu a eletricidade (o dínamo a ensejar a substituição do vapor), como fonte alternativa de energia para a indústria, e invenção de Henry Bessemer permitiu a transformação do ferro em aço, este suplantando aquele por suas características de dureza, resistência e baixo custo - a invenção revolucionou a indústria metalúrgica, que passou a produzir o aço em larga escala.

Ao início do século XX, a Inglaterra dá sinais de fragilidade na sua condição de potência hegemônica, agravando-se esse quadro em razão das duas guerras mundiais e da depressão econômica de 1929. A seu turno, os Estados Unidos já se apresentavam como a principal economia do centro capitalista e, no segundo pós-guerra, assumiram afinal a posição de hegemonia[17].

A evolução tecnológica se intensificou desde a inserção do petróleo (motor de combustão interna) como fonte energética e, em vista do atual processo de informatização da indústria, já há quem se refira a uma terceira revolução industrial, não se podendo abstrair que a agilidade dos atuais meios de comunicação e a globalização dos mercados, mediante a formação de blocos econômicos e interação entre estes, está por transmudar, como lembra o Professor José Eduardo Faria, a sociedade industrial em uma nova sociedade informacional, na qual o tempo de exploração comercial das invenções industriais se acelera na mesma proporção em que tais invenções são superadas por outras que revelam maior avanço tecnológico, contando-se esse tempo à razão de semanas ou meses, sequer de anos... O alto investimento em pesquisa e a expansão do mercado – mediante a globalização da economia – se justificariam, assim, como fórmula medicinal para o tempo mínimo por que uma invenção industrial se converte em lucro.

O paralelismo entre a questão social vivenciada no final do século XVIII (ou desde então) com a realidade de nossos dias nos autoriza, quando menos, a diagnosticar a causa recorrente do conflito entre capital e trabalho: a evolução do maquinismo e da tecnologia sempre exigiram o desemprego como custo social. É irresistível lembrar, contudo, a visão otimista de Domenico de Masi, que concebe o desemprego estrutural, causado pela automação em todos os setores da economia, como uma fase de transição que desembocará na libertação do trabalho, tal como a humanidade outrora se libertou da escravidão e, por meio do direito do trabalho, libertou-se da fadiga. De Masi[18] nos traz o alento:

> Quando comparada à libertação da escravidão, que caracterizou a Idade Média, e à libertação da fadiga, que caracterizou a sociedade industrial, a libertação do trabalho, que irá caracterizar a sociedade pós-industrial, delineia-se com traços

[17] Cf. Pochmann, *op. cit.*, p. 22.
[18] DE MASI, Domenico. *Op. cit.* p. 11.

> peculiares. Posto que as máquinas se incumbirão de quase todo o trabalho físico, assim como de boa parte do trabalho intelectual do tipo executivo, o ser humano irá guardar para si o monopólio da atividade criativa que, por sua própria natureza, dá muito menos margem do que a atividade industrial para a alocação de tarefas e para a divisão entre tempo de trabalho e tempo livre. De modo diferente do desemprego, que necessariamente é acompanhado pelos males da miséria e da marginalização, a libertação do trabalho admite formas de vida muito mais livres e felizes.

Ainda não alcançamos, decerto, esse promissor estágio. Como ainda tende a ocorrer num regime de dominação do capital, o trabalhador que assistiu ao nascimento do maquinismo, no final de século (XVIII), não convivia apenas com a ameaça de desemprego. Aceitava ele qualquer condição de trabalho, e a chamada meia-força (mulheres e crianças) despendia, em contra-senso, ainda mais força de trabalho em troca de pior remuneração. Mas se rebelava a massa trabalhadora contra essa situação indigna, a que fora injustamente lançado.

A realidade social indicava uma tensão insuportável entre a necessidade de o trabalhador garantir a subsistência e, do outro lado, a oferta de trabalho que rareava na mesma proporção em que se desenvolvia o maquinismo, sobretudo após a inserção da energia elétrica no processo produtivo.

O direito do trabalho veio sendo conquistado pelos trabalhadores na exata medida em que a pressão desses pontos extremos rompeu o tênue fio do individualismo jurídico (fundado no axioma: quem diz contratual, diz justo; depende do indivíduo assumir ou não obrigações) e inspirou na classe proletária o anseio de um novo DIREITO.

A origem primeira do direito do trabalho nos remete, contudo e certamente, à realidade vivenciada, ao final do século XVIII, pelos trabalhadores da Europa Ocidental, pois nessa região se desenvolveu, mais intensamente, o emprego industrial e a conseqüente necessidade de resgatar a dignidade do trabalho humano. Não deve causar estranheza a circunstância de não nos atermos à experiência soviética, embora a ela se refiram os homens de nosso tempo quando, desavisadamente, pretendem estabelecer alguma correlação inexorável entre o regime comunista e o direito do trabalho vigente entre nós.

É preciso antecipar que o marxismo não se coaduna com a presença de um Estado, menos ainda de uma estrutura estatal que, sendo provedora de direitos laborais, legitime o modo de produção capitalista. Além disso, parece-nos assistir razão a Hobsbawn[19], quando afirma o historiador:

> Com exceção dos românticos que viam uma estrada reta levando das práticas coletivas da comunidade aldeã russa a um futuro socialista, todos tinham como igualmente certo que uma revolução na Rússia não podia e não seria socialista. As condições para uma tal transformação simplesmente não estavam presentes num país camponês que era sinônimo de pobreza, ignorância e atraso, e onde o proletariado industrial, o predestinado coveiro do capitalismo de Marx, era apenas uma minúscula minoria, embora estrategicamente localizada.

1.2.2 O trabalho humano, produtivo, alheio e livre

[19] HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos:* o breve século XX 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 64.

Que o direito do trabalho disciplina o *trabalho humano*, não há dúvida. As relações jurídicas de direito privado têm a *pessoa* como sujeito, regra geral. Quando pormenorizamos as características da relação jurídica de trabalho, percebemos, contudo, que o direito laboral cuida exclusivamente do trabalho prestado pelo homem, pessoa física ou natural, não lhe interessando o serviço realizado por pessoa jurídica ou ideal.

Não é demasia lembrar, ainda, que o direito do trabalho trata o homem como tal, sublimando inclusive o fato de a prestação de trabalho importar o dispêndio de energia humana. Não mais se iguala o homem ao *semovente* ou à *coisa* - objeto da locação que retorna ao proprietário quando cessa o contrato.

A saber, a razão de o direito do trabalho existir é decerto a perspectiva de o trabalho ser um valor social que dignifica o homem na era contemporânea e a necessidade de o trabalho humano exigir uma regência normativa que o associe à dignidade da pessoa que o realiza.

Trabalho produtivo e lazer não se distinguem pela *técnica* acaso utilizada (o mesmo método de pescar pode servir a uma atividade profissional ou lúdica), mas se diferenciam pela característica, que só o primeiro revela, de o homem "usar seu esforço tendo como finalidade próxima a obtenção através deste dos meios materiais, dos bens econômicos de que necessita para subsistir", como ensina Olea[20].

Trabalho por conta alheia, certamente, porque na *empresa* que surgira após a abolição das corporações de arte e ofício, a partir da inversão do capital burguês na aquisição de maquinário e contratação de pessoal, a novidade estava não apenas na divisão e técnica de trabalho mas, sobremodo, no fato de os operários serem contratados para movimentar a engrenagem empresarial em troca de uma remuneração que significava apenas parte do *produto* de seu trabalho. A outra parte era convertida em lucro.

Nessa perspectiva, a alienação do trabalho era o resultado dessa produção coletivizada de mercadorias em que o trabalhador não se identificava no objeto que ajudara a criar. Em suma, ao trabalhador já não cabia o fruto de seu labor, que era atribuída, na nova forma de produção, ao titular da empresa (mais adiante, diria Marx: utilidade do trabalho - salário = *plus valia*).

O *trabalho livre* diferia, por igual, daquele que até então prevalecia nas organizações produtivas. Lembremos que a Antigüidade conheceu, predominantemente, o trabalho escravo. Segadas Viana[21] anota que "aos escravos eram dados os serviços manuais exaustivos não só por essa causa como, também, porque tal gênero de trabalho era considerado impróprio e até desonroso para os homens válidos e livres [...] Na Grécia havia fábricas de flautas, de facas, de ferramentas agrícolas e de móveis onde o operariado era todo composto de escravos. Em Roma os grandes senhores tinham escravos de várias classes, desde os pastores até gladiadores, músicos, filósofos e poetas".

Aristóteles, que concebia o homem como um *ser político*, já preconizava, a seu modo, que a real igualdade consistia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os

---

[20] OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho.* Tradução de Regina Maria Macedo Nery Ferrari e outros. Curitiba: Gênesis, 1997., p. 48.

[21] SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1992, p. 27.

desiguais. Com essa proposição pretendia, porém, justificar a escravidão e a dizia mesmo necessária para que outros homens pudessem *pensar*. E supondo, num vaticínio não confirmado pela História, que a automação viria libertar o homem do trabalho, afirmou Aristóteles[22] que "se cada instrumento pudesse, a uma ordem dada, trabalhar por si, se as lançadeiras tecessem sozinhas, se o arco tocasse sozinho a cítara, os empreendedores não iriam precisar de operários e os patrões dispensariam os escravos".

O homem se libertou do trabalho escravo que se revelava como uma forma legitimada de violência, mas a transição para o modelo atual de trabalho, na modalidade de emprego, não se deu linearmente, pois se seguiu a Era Medieval e, nela, uma sociedade dividida em rígidos estamentos: os senhores feudais e os servos. A servidão era imposta a quase todos os camponeses e se diferenciava do trabalho escravo porque o servo se ligava à terra e pelo seu uso pagava diversos tributos[23], passando a ter novo amo quando a terra era vendida.

A Baixa Idade Média[24] assistiu a transformações sociais e econômicas que serviram à progressiva estruturação do sistema capitalista de produção. A sociedade estamental foi gradativamente se desintegrando e, nesse mesmo toar, a economia auto-suficiente, típica do feudalismo, foi sendo substituída por uma economia comercial. O crescimento demográfico[25] e o renascimento urbano, com a emancipação pacífica ou não das cidades onde mais florescia a atividade comercial, deram origem a uma nova sociedade, agora estruturada em classes e a habitar cidades ou *burgos*[26].

Nessas cidades, as corporações de mercadores, que buscavam garantir o monopólio do comércio local, e as corporações de ofício, visando cada uma destas à monopolização de uma certa arte ou ofício, eram influenciadas pela cultura cristã conhecida como *escolástica* e, sob a sua doutrina, condenavam a usura. Por isso, uma mercadoria deveria sempre ser vendida pelo preço da matéria-prima utilizada mais o valor da mão-de-obra empregada[27]. Apenas os companheiros (ou oficiais) eram remunerados como se fossem protótipos de assalariados, pois o mestre-artesão retribuía o trabalho dos aprendizes, que ocupavam a base da pirâmide corporativa, através de alimentos, vestuário e alojamento, além do aprendizado.

Com o passar do tempo, muitos dos mestres se enriqueciam e exerciam, com rigor, a exclusividade da atividade artesanal. Os companheiros se uniam com o intuito de

---

[22] Cf. DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho.* Tradução de Eugênia Deheinzelin. São Paulo : Editora Esfera, 1999. p. 14. Igual remissão faz Segadas Viana, *op. cit.* p. 28.

[23] A exemplo da *corvéia* (trabalho gratuito nas terras do senhor em alguns dias da semana), da *talha* (percentagem da produção das tenências) e da *banalidade* (tributo cobrado pelo uso de instrumentos ou bens do senhor). A servidão medieval sofreu influência, em sua formação, de instituições romanas e germânicas, a exemplo da *clientela* (relação de dependência social entre os indivíduos na sociedade romana, influenciando o modo como se constituiu a relação senhor-servo na ordem feudal), do *colonato* (instituído pelo Império Romano, impunha a fixação do homem à terra, objetivando conter o êxodo rural e a crise de abastecimento causada pelo fim da escravatura) e do *precarium* (entrega de terras a um grande senhor em troca de proteção). Cf. VICENTINO, Cláudio. *História Geral.* São Paulo : Scipione, 1997. p. 110.

[24] A Baixa Idade Média estendeu-se dos séculos X ao XV.

[25] Crescimento demográfico proporcionado pelo fim das invasões na Europa e pela redução dos níveis de mortandade que as grandes epidemias provocaram.

[26] *Burgu*, em latim, significa fortaleza, referindo-se, assim, às muralhas que circundavam as cidades.

[27] Vicentino, *op. cit.*, p. 139.

conquistar as parcelas de monopólio asseguradas à mestria, quando não se resignavam ante a ausência de perspectiva econômica mais favorável. Noutro passo, a burguesia, que se fortalecia economicamente, interessava-se na instituição de um poder central que reduzisse a influência política da nobreza, não tardando a se constituírem as monarquias nacionais, que grassaram por toda a Era Moderna.

Os avanços tecnológicos, de que vamos tratar no subitem relativo à Revolução Industrial, e, mais adiante, as novas técnicas de divisão do trabalho prometiam alargar oportunidades e permitir que o homem se libertasse, uma vez por todas, dos grilhões da escravatura e da servidão, sem as amarras que o corporativismo impunha ao desenvolvimento de atividades econômicas por quem delas não tinha o direito à mestria.

Contudo, o trabalho livre que surgira na *empresa* moderna não o era por completo, uma vez que se caracterizava exatamente pelo fato de o trabalhador ser livre (ou livre de coação absoluta) para escolher entre prestar ou não trabalho, embora não estivesse investido de igual liberdade no tocante ao tempo, lugar e modo de executar essa prestação laboral. Olea conclui: "A liberdade a que estamos aludindo se refere ao momento do estabelecimento da relação de alheamento, sendo, portanto, seu sentido o de que aquela, no trabalho forçado, fica anulada frente à presença de uma violência invalidante do consentimento"[28].

1.3 Os fatores sociais que inspiraram o direito do trabalho

O trabalho penoso que se desenvolvia na indústria têxtil do fim do século XVIII propiciava, em contraponto, a concentração dos trabalhadores nas cidades e, sobretudo, no *chão da fábrica*, onde se aguçavam, a um só tempo, os sentimentos de indignação e solidariedade entre os que vivenciavam aquelas mesmas condições adversas de trabalho.

1.3.1 Os primeiros movimentos de insurreição dos trabalhadores

Os movimentos obreiros de insurreição surgiam e se desdobravam na Inglaterra e, mais aidante, também nos países que se inseriam no processo de industrialização. Vale a pena referir o modo como reagiram os trabalhadores nesses países.

1.3.1.1 A reação dos trabalhadores na Inglaterra

Os trabalhadores almejavam uma condição mínima de trabalho que pudesse ser imposta ao industrial capitalista e, para alcançarem o objetivo, se rebelaram. Inicialmente na Inglaterra, onde o *luddismo* e a *revolução cartista* davam o sinal do inconformismo.

Ned Ludd comandou trabalhadores que atribuíam às máquinas a culpa pelos males que os afligiam. O *luddismo* foi o movimento obreiro que se opôs, portanto, à mecanização do trabalho vinda a reboque da primeira revolução industrial, e pode ser ilustrado por carta que Ludd endereçou a um certo empresário de Hudersfield, em 1812: "Recebemos a informação de que é dono dessas detestáveis tosquiadoras mecânicas. Fica avisado de que se elas não forem retiradas até o fim da próxima semanal eu mandarei imediatamente um de meus representantes destrui-las... E se o senhor tiver a imprudência

[28] Olea, *op. cit.* p. 57.

de disparar contra qualquer dos meus Homens, eles têm ordem de matá-lo e queimar toda a sua casa".[29]

Por sua vez, os *cartistas* surgiram quando, em 1832, o Parlamento inglês aprovou o *Reform Act*, uma lei eleitoral que privou os operários do direito ao voto. Os trabalhadores reagiram e formularam suas reivindicações na "Carta do Povo", um documento com quase trezentas mil assinaturas e conteúdo político que fundava, assim, o movimento operário conhecido como *cartismo*[30]. Esclarecem Olga Coulon e Fabio Pedro[31]:

> [...] o movimento cartista ajudou os operários ingleses a melhorarem suas condições de vida e deu-lhes experiência de luta política. Assim, em 1833, surgiu a primeira lei limitando a 8 horas de trabalho a jornada das crianças operárias. Em 1842 proibiu-se o trabalho de mulheres em minas. Em 1847, houve a redução da jornada de trabalho para 10 horas.

Em 1842, os cartistas encaminharam nova *carta*, em que reclamavam a existência de milhares de homens morrendo de fome na Escócia, Irlanda e País de Gales e denunciavam: "a jornada de trabalho, especialmente nas fábricas, excede o limite das forças humanas" e "o salário por um trabalho que se presta nessas condições ruins de uma fábrica é insuficiente para manter a saúde dos obreiros e assegurar o conforto tão necessário depois de um desgaste intenso da força muscular [...]". Os cartistas tentaram deflagrar motins e greves gerais, porém quando não fracassavam eram reprimidos à força.

1.3.1.2 A reação dos trabalhadores na França

Mas o movimento revolucionário dos trabalhadores também eclodiu na França, em 1848, inclusive com maior ressonância na Europa e influência decisiva para que na Alemanha, por igual, se iniciasse a revolução obreira. Diferente da Inglaterra, a França era antes um país de vocação agrária, em que o pequeno agricultor era sacrificado por pesados impostos, destinados a custear a burocracia e a casta militar.

Contudo, o processo de industrialização se acelerou e, também na França, em prejuízo do artesanato e do pequeno proprietário, originando a proletarização do homem da cidade. Ainda sobre o movimento obreiro francês, observa De La Cueva que "durante toda la monarquía, desde la restauración de los Borbones, fué Francia un verdadero volcán. Bastaría recordar los dos grandes movimientos huelguísticos de los trabajadores de la sede de Lyon de 1831 y 1834 y la organización, desde 1821, de diversas sociedades secretas"[32].

Ainda na França, intensificava-se o trânsito do socialismo utópico, em que a crítica ao regime se associava à intenção de suplantá-lo através da tentativa – malsucedida – de convencer a burguesia a promover ou aceitar a transformação social. Em 1848, surge o *Manifesto Comunista* de Marx e Engels, que ao historicismo hegeliano incrementava a idéia de o regime burguês ser uma etapa transitória e, no processo histórico, o advento de uma sociedade regida pelos princípios do socialismo seria a conseqüência necessária da evolução das forças econômicas. A História, para Marx, era a história da *luta de classes*,

---

[29] Cf. COULON, Olga Maria Fonseca, PEDRO, Fabio Costa. *Os Movimentos Operários e o Socialismo.* Disponível em: http://br.geocities.com/fcpedro/cartism.html.
[30] DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo.* México: Editorial Porrua S/A, 1961, p. 29.
[31] *Idem, ibidem.*
[32] De La Cueva, *op. cit.*, p. 32.

classes estas que se digladiavam visando à conquista dos meios de produção. Assim inspirado, Marx conclamava: “Proletários de todo o mundo, uni-vos”.

Não obstante a pouca tolerância à greve e ao associativismo, a duras penas o trabalhador francês adquiriu consciência de classe e promoveu a divulgação da doutrina marxista, com reflexos positivos na evolução do direito do trabalho, mesmo após Napoleão III ser alçado a imperador, após o golpe de estado que restaurara a monarquia, em 1851. Mas, num embaraço a esse processo, a história obrigou o povo francês a se unir em razão da guerra franco-prussiana, vencida pela Alemanha em 1870. A derrota da França exigiu de seu povo uma significativa indenização de guerra.

1.3.1.3 A reação dos trabalhadores na Alemanha

Já na Alemanha, a industrialização teve impulso somente na segunda metade do século XIX, quando já era inegável o poder político e econômico da Inglaterra. Mas à semelhança do que ocorrera entre os ingleses, que promoveram a *revolução cartista*, o progresso industrial produziu na Alemanha um intenso movimento obreiro.

A primeira insurreição de trabalhadores na Alemanha terá sido, segundo Jaques Droz[33], a sublevação dos tecelões da Silésia, em 1844. O autor explica:

> Na origem da revolta é preciso colocar o fardo das imposições feudais que continuavam a pesar sobre a classe rural da Silésia mesmo com a abolição da escravatura: trabalhadores a domicílio, obrigados a vender o produto do seu trabalho a negociantes que comercializavam em seguida as mercadorias, os tecelões eram sobrecarregados pelos foros censitários e pelas prestações em dinheiro, sem falar dos impostos do Estado; a sua situação agravou-se com o encerramento dos mercados americanos e a criação de uma indústria têxtil na Polônia, e isto num quadro de um mercado onde a concorrência inglesa se fazia sentir duramente e cuja produção estava tecnicamente mal organizada.

As revoltas que tiveram lugar em Peterswaldau e em Langenbielau, no mês de junho de 1844, resultaram na destruição de residências, confiscando-se títulos de propriedade e dizimando-se máquinas. Embora não houvesse violência contra pessoas, os levantes daquele ano foram afinal reprimidos por forças militares que, mobilizadas, aplicaram penas variadas a oitenta e sete tecelões. Anota Jaques Droz[34] que o proletariado de fábrica era de pouca expressão numérica, mas a construção de ferrovias, especialmente em Saxe, teve papel relevante no processo de industrialização na Alemanha, desencadeando cerca de quarenta greves entre 1844 e 1848.

1.3.2 A organização das profissões

A alusão a esses movimentos obreiros permite verificar que, após o impacto da primeira revolução industrial, os trabalhadores formaram coalizões, que se dissolviam após a vitória ou insucesso de cada insurgência. Os sindicatos vieram depois, quando as vantagens de se instituírem organismos permanentes foram percebidas pelos trabalhadores. Sanseverino situa entre 1815 e 1848 a fase das coalizões e anota que “o mundo do trabalho

---

[33] DROZ, Jaques. *O Movimento Operário na Alemanha e o Neo-hegelianismo.* Disponível em: http://www.pco.org.br/biblioteca/origens/movimentooperarioalemanha.htm.
[34] *Idem, ibidem.*

encaminhou-se, definitivamente, rumo à consciente conquista da liberdade sindical" quando publicado o Manifesto Comunista de 1848, por Marx e Engels[35].

O capitalismo comercial e, mais adiante (século XVIII), o capitalismo industrial, forjaram o trabalhador livre e investido de liberdade cívica. Ao trabalhador, dava-se a liberdade de contratar e a paradoxal perspectiva de ajustar assim a própria espoliação, como alternativa para sua sobrevivência. Observa Bourguin:

> [...] nos sistemas anteriores, ou havia associação do trabalho e da propriedade – neste caso, o trabalhador gozava de liberdade cívica –, ou o trabalhador não era proprietário, mas então não era também um cidadão livre. A alternativa era bem clara na era pré-capitalista. Mas o capitalismo empreendeu a grande aventura de associar, nas massas de homens sempre crescentes, a ausência completa de propriedade a uma completa liberdade pessoal e a uma completa igualdade política[36].

O sindicato foi, na sequência, a forma associativa que se constituiu no sistema capitalista de produção, visando à defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores. Contra esses interesses, somavam-se o fim das corporações medievais com a ruptura da estrutura econômico-social, o maquinismo e a transformação do homem que, a custo menor e em maior quantidade, operava a mutação da matéria. A produção de bens ou serviços já não mais dependia da aptidão artística ou especialização do homem profissional, podendo mulheres e crianças prestar, com salário reduzido, o mesmo trabalho.

Esse sentimento de angústia e desamparo por que passava o trabalhador é associada por Deveali às causas sociais do sindicalismo, em passagem emblemática de sua obra: "Essa transformação de caráter psicológico tem, na nossa opinião, uma influência preponderante na formação da mentalidade classista que é o efeito e a causa, por sua vez, da união de massas indiferençadas, unidas exclusivamente por uma dor comum, por um sentir comum e pelo mesmo desejo de libertação, se não de vingança"37.

O sindicalismo não teria trajetória exitosa, porém, caso tivesse prescindido da greve, como meio de pressão para novas conquistas obreiras, e não houvesse instituído as convenções coletivas de trabalho, em detrimento do monopólio estatal na produção normativa. Esses três institutos (sindicato, direito de greve e convenção coletiva) percorreram a mesma estrada, sendo inicialmente proscritos, em seguida tolerados e, afinal, reconhecidos pela ordem jurídica. A história do sindicalismo, quando relacionada com a institucionalização das convenções coletivas e da greve, revela o modo como reagiu a classe operária à consagração, pela revolução burguesa, do princípio da autonomia da vontade individual. Em suma, os referidos institutos jurídicos expressam, hoje, o modo de atuação da vontade coletiva.

1.4 Os fatores políticos que inspiraram o direito do trabalho

O final do século XVIII assistiu ao nascimento da primeira geração dos direitos humanos, aquela que se traduz nas liberdades civis e políticas. A Declaração de Direitos da Virgínia (1776) proclamava:

---

[35] SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. Tradução de Élson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976, p. 10.
[36] *Apud* Evaristo de Moraes Filho, *op. cit.*, p. 79.
[37] *Apud* RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho.* Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 52.

> Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, como os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

A seu turno, o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França de 1789, reiterava que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos". É verdade que a preocupação dos norte-americanos era mais a de consolidar a sua própria independência em relação à coroa britânica, enquanto "os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos"[38]. Assinalando que as grandes etapas históricas de invenção dos direitos humanos coincidem com as mudanças nos princípios básicos da ciência e da técnica, Comparato observa com a acuidade de sempre:

> Foi justamente no sentido francês, e não na acepção inglesa, que a transformação radical na técnica de produção econômica, causada pela introdução da máquina a vapor [...] na Inglaterra, tomou o nome de Revolução Industrial.[39]

Nessa quadra histórica em que se festejavam os direitos de liberdade, uníam-se a liberdade de exercer qualquer profissão, sem os limites da sociedade estamental ou dos grêmios corporativos, e o modo de reagir o operariado às ações da empresa. Criaram-se, assim, novos espaços de participação política dos trabalhadores que os fariam atuantes na normatização das condições de trabalho e na construção de uma sociedade que lhes parecesse menos injusta.

A circunstância de a empresa ser uma coletividade, não se esgotando na dimensão individual as agruras vivenciadas pelos trabalhadores que nela mourejavam, porque todos o faziam em condições semelhantes, traduziu-se em um campo fértil à coletivização também das condutas reativas desses trabalhadores. Por assim dizer, os operários resistiam coletivamente às ações danosas do ser coletivo, que era a organização produtiva na qual laboravam.

A um só tempo, os trabalhadores organizados inauguravam uma nova maneira de regular a vida social. Desde essa época até os dias atuais, passaram a atuar diretamente, sem a intervenção do Estado, na elaboração de normas jurídicas que viriam a disciplinar as suas condições laborais.

Em um primeiro momento, as convenções coletivas surgiram como *gentlemen's agreement*, ou seja, como um pacto que não podia ser cobrado coercitivamente e comportava, no caso de descumprimento, apenas sanções morais. A possibilidade de os próprios atores sociais regularem as relações de trabalho que porventura os unisse importava, na linha do pensamento liberal, um ato de demasiada condescendência com a ação dos sindicatos, em detrimento dos ideais burgueses que proscreviam, a pretexto de conjurarem as velhas corporações de ofício, os corpos intermediários.

---

[38] COMPARATO, *op. cit.*, p. 51. O autor remata que, efetivamente, o espírito da Revolução Francesa difundiu-se, em pouco tempo, a partir da Europa, a regiões tão distantes quanto o subcontinente indiano, a Ásia Menor e a América Latina.

[39] *Op. cit.*, p. 52.

Mas as convenções coletivas brotavam incessantemente e solucionavam conflitos, ganhando legitimidade em razão de sua natural eficácia. Além disso, a ação política dos trabalhadores não se esgotava na elaboração da norma coletiva, imiscuindo-se gradualmente nos recintos do Estado Liberal que pareciam guardados para a ação política do empresariado, investido de poder econômico.

A esse propósito, o advento da social democracia alemã revela o modo como as coletividades de trabalhadores se organizaram politicamente, ilustrando como aprenderam a valer-se dos instrumentos de ação democrática para ocupar espaços políticos antes reservados à burguesia ou, residualmente, a classes hegemônicas de variado matiz.

Em rigor, os alemães sofreram clara influência do Manifesto Comunista e das idéias de Lassalle. Ferdinand Lassalle foi personalidade marcante do trabalhismo alemão, que em 1863 convocou o congresso obreiro em que fora constituída a Associação Geral de Trabalhadores Alemães, cujos fundadores, em declaração de princípios, firmavam: "somente o sufrágio universal e direto pode assegurar uma representação adequada e segura dos interesses sociais da classe obreira alemã, assim como a eliminação dos antagonismos de classe."

Foi a urgência de praticar a democracia, após o estabelecimento do império germânico, com um *Reichstag* eleito por voto popular amplo, o que uniu, em 1875, os *einsenachers* marxistas aos lassallistas, todos pressionados pela necessidade de fundirem os dois partidos socialistas alemães em um único, o Partido Social Democrático Alemão. Uniram-se em Gotha com vistas voltadas para a perspectiva de sucesso eleitoral.

Quando lembramos que Marx propunha a substituição da classe hegemônica pela via revolucionária, bem assim a substituição da sociedade estatal em sociedade não-estatal, parece paradoxal a necessidade que se apresentava aos socialistas, na maior parte da Europa ocidental (inclusive França e Alemanha), de apresentarem aos eleitores programas imediatos de reforma *dentro* do sistema político e econômico. O chefe de governo era responsável perante o parlamento, parecendo, assim, inviável a obtenção do socialismo integral, a substituição revolucionária da classe dominante, sem a colaboração dos parlamentares.

Sobre essa união entre marxistas e lassalistas traduzir, então, um recuo de Marx, porque incompatível com sua doutrina a ascensão do proletariado pela via eleitoral, é elucidativa a observação de George Cole:

> O Partido Social Democrático Alemão de 1875, embora adotasse em grande parte o marxismo como credo histórico, na prática aceitava essa necessidade (de apresentar um projeto de reforma dentro do sistema), sem a qual não teria sido possível a fusão com os lassalistas. Marx, que recebera de seus adeptos alemães um exemplar adiantado da proposta das condições da fusão, protestou energicamente contra o que considerava uma traição aos princípios socialistas; seus adeptos suprimiram o longo e arrazoado protesto (que foi publicado como Crítica ao Programa de Gotha, somente muitos anos após sua morte). Marx não publicou suas opiniões, compreendendo que os eisenachers o repudiariam se o fizesse. A democracia social nasceu em conseqüência de um compromisso ao qual o homem geralmente considerado como seu profeta era violentamente contrário[40].

[40] COLE, George. *Ideologias Políticas*. Org. Anthony de Crespigny e Jeremy Cronin. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Editora UnB, 1998, p. 80.

Como anota Mario de la Cueva, a Alemanha vivia enfim "uma extraordinária contradição: um progresso industrial incomparável e um grande movimento socialista, perigo grande para o progresso industrial, pois a crescente agitação ameaçava destruir a paz social e deter, por greves e movimentos obreiros, o trabalho normal nas fábricas"[41]. Bismarck, o Chanceler de Ferro, percebera a importância do movimento obreiro e entabulara negociação com Lassalle. Todavia, a morte de Ferdinand Lassalle, em duelo, no ano de 1864, evidentemente significara um estorvo nesse processo de conquistas dos trabalhadores alemães.

De toda sorte, o temor dessa influência socialista em meio à classe proletária fez Bismarck precaver-se, expedindo uma regulamentação minudente das relações de trabalho, em que inclusive limitava a vontade dos contratantes - bom auspício! - no que tocava, entre outros assuntos, às medidas de proteção à saúde e à vida dos trabalhadores, às normas para o trabalho de mulheres e crianças e às disposições a propósito da vigilância obrigatória das empresas.

[41] De La Cueva, *op. cit.*, p. 36, tradução livre.

Atualizado em julho de 2010

2
HISTÓRIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 2.1 Direito coletivo e institutos afetos – sindicato, greve e convenção coletiva. 2.2 O sindicalismo no sistema capitalista de produção. 2.3 O sindicalismo sob intervenção totalitária.

2.1 Direito coletivo e institutos afetos – sindicato, greve e convenção coletiva

Não há como dissociar o *sindicato*, o direito de *greve* e a *convenção coletiva do trabalho*, institutos que são a melhor expressão do fenômeno social mais expressivo dos dois últimos séculos, o *sindicalismo.*

O *sindicalismo* nasceu como um movimento espontâneo dos trabalhadores que estavam concentrados em torno das cidades industriais e, movidos pelo instinto gregário, perceberam que a sua união os fortalecia na luta contra as condições desumanas de trabalho que lhes estavam sendo impostas. Não sem razão, a Inglaterra que se fez berço da revolução industrial gerou a primeira forma de associativismo a que se pôde emprestar o atributo de sindicato: a *trade union.*

Passado o primeiro impacto da Grande Revolução, os trabalhadores formaram coalizões, que se dissolviam após a vitória ou insucesso do movimento. Os sindicatos vieram depois, quando as vantagens de se instituírem organismos permanentes fora percebida pelos trabalhadores. Sanseverino situa entre 1815 e 1848 a fase das coalizões e anota que "o mundo do trabalho encaminhou-se, definitivamente, rumo à consciente conquista da liberdade sindical" quando publicado o Manifesto Comunista de 1848, por Marx e Engels[2].

É preciso ver que o sindicato não derivou de outras formas precedentes de associativismo, sendo merecedora de apupos ou poucos aplausos a doutrina que sugere os colégios romanos, as guildas (entre germânicos e saxônicos) ou as corporações de arte e ofício como organizações que se tenham convertido em sindicatos, quando estes experimentavam o seu estado germinal. Não há investigação histórica que permita certificar, por exemplo, que trabalhadores assalariados tivessem ingresso nos colégios de Roma, como observa Russomano, que acentua os fins preponderantemente mutualistas dos *collegia*, dada a "sua finalidade de ajuda recíproca entre os que se dedicavam ao mesmo

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Sanseverino, *op. cit.*, p. 10.

ofício e para defesa dos interesses resultantes da similitude das posições por ele ocupadas na vida romana".

O movimento colegial guarda semelhanças, porém, com a experiência vivida pelos sindicatos. Após se expandirem, num crescimento espontâneo, e passarem a exercer influência no encaminhamento dos problemas do Império, o Senado Romano proibiu o seu funcionamento, à exceção apenas dos oito colégios criados por Numa Pompílio. Em estudo proveitoso, Russomano assinala que se seguiu a represália, mas "as novas forças se organizam e dispõem-se a enfrentar, ao se sentirem poderosas, a resistência do Estado". A *Lex Clodia* (ano 59 a. C.) reconheceu enfim o direito de associação mas Júlio César percebeu a prosperidade dos colégios e resolveu novamente aboli-los. Em 56 a. C, após a morte de César, Augusto editou a *Lex Julia*, que reconheceu direitos e privilégios dos colégios romanos mas os transformou em órgãos oficiosos do Estado Romano, inclusive quanto à arrecadação de contribuições fiscais. É ainda do mestre gaúcho o remate:

> A crônica dos colégios mostra que há irresistível tendência à repressão, pelo Estado, das novas forças sociais, que podem atuar, mais tarde, algumas vezes, em tom de contestação, em face do próprio Estado. Sucede-se, em geral, o reconhecimento de sua livre expansão e, logo depois, em uma etapa terciária, o Estado trata de intervir através de sistemas de controle e condução, em proveito próprio, das novas forças desencadeadas pela vida das comunidades. Isso se deu, exatamente, com os colégios romanos. E aquilo que ocorreu em Roma, vários séculos antes de Cristo, ocorre, ainda hoje, neste século interplanetário e tecnológico que levou nossos passos além das estrelas que nossos olhos conheciam[3].

As guildas (ou gildas) tinham caráter mercantil e não laboral, tendo dado origem às ligas de mercadores dos mares do norte europeu. Sobre as corporações de arte e ofício, pode-se dizer que o movimento das companhias (ou *compagnonnages* - reunião de companheiros com fins reinvindicatórios) significou o primeiro momento em que o monopólio dos mestres fora posto à prova, no regime corporativo. Mas é também pertinente, quanto ao mais, a lição de Mozart Victor Russomano[4]:

> As corporações representaram a organização de classes, segundo critério unilateral, dispostas essas classes em planos sucessivos e níveis hierárquicos ascendentes (do aprendiz ao mestre). O sindicato, ao contrário, é um movimento bilateral, que parte do confronto entre trabalhadores e empresários e, por isso, os coloca, frente a frente, em sindicatos distintos e opostos, em evidente paralelismo, mas sobre o mesmo plano.

O sindicato foi, portanto, a forma associativa que se constituiu no sistema capitalista de produção, visando à defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores. Contra estes, somavam-se o fim das corporações medievais com a ruptura da estrutura econômico-social, o maquinismo e a transformação do homem, enfim, de artesão a operador da máquina que, a custo menor e em maior quantidade, operava a mutação da matéria. A produção de bens ou serviços já não mais dependia da aptidão artística ou especialização do homem profissional, podendo mulheres e crianças prestar, com salário reduzido, o mesmo trabalho.

---

[3] RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro : Forense, 1995. pp. 8-9.

[4] Russomano, *op. cit.*, p. 15.

Esse sentimento de angústia e desamparo por que passava o trabalhador é associada por Deveali às causas sociais do sindicalismo, em passagem emblemática de sua obra: "Essa transformação de caráter psicológico tem, na nossa opinião, uma influência preponderante na formação da mentalidade classista que é o efeito e a causa, por sua vez, da união de massas indiferençadas, unidas exclusivamente por uma dor comum, por um sentir comum e pelo mesmo desejo de libertação, se não de vingança"[5].

O *sindicalismo* não teria trajetória exitosa, porém, caso tivesse prescindido da *greve*, como meio de pressão para novas conquistas obreiras, e não houvesse instituído as *convenções coletivas de trabalho*, em detrimento do monopólio estatal na produção normativa. Esses três institutos (sindicato, direito de greve e convenção coletiva) percorreram a mesma estrada, sendo inicialmente proscritos, em seguida tolerados e, afinal, reconhecidos pela ordem jurídica. A história do sindicalismo, quando relacionada com a institucionalização das convenções coletivas e da greve, revela o modo como reagiu a classe operária à consagração, pela revolução burguesa, do princípio da autonomia da vontade individual. Em suma, os referidos institutos jurídicos expressam, hoje, o modo de atuação da vontade coletiva.

2.2 O sindicalismo no sistema capitalista de produção

É fato, porém, que o movimento sindical não incorporou aos seus objetivos a revolução socialista, ao menos como regra. No Ocidente capitalista, os sindicatos têm lutado, o mais das vezes, pela implementação de medidas compensatórias que são outorgadas aos trabalhadores pelo direito laboral, como observa Ricardo Antunes[6]:

> Pode-se dizer que junto com o processo de trabalho taylorista/fordista erigiu-se, particularmente durante o pós-guerra, um sistema de 'compromisso' e de 'regulação' que, limitado a uma parcela dos países socialistas avançados, ofereceu a ilusão de que o sistema de metabolismo social do capital pudesse ser efetiva, duradoura e definitivamente controlado, regulado e fundado num compromisso entre capital e trabalho mediado pelo Estado [...]. O 'compromisso fordista' deu origem, progressivamente, à subordinação dos organismos institucionalizados, sindicais e políticos, da era da prevalência social-democrática, convertendo esses organismos em verdadeiros cogestores do processo global de reprodução do capital.

Por isso, era inevitável que o *sindicalismo de enfrentamento* cedesse lugar, gradualmente, a um novo modelo, que Ruprecht denomina *sindicalismo de participação*, no qual as corporações de trabalhadores consideram a possibilidade de colaborar na gestão da empresa e do Estado, reorientando assim a sua função social. É Alfredo Ruprecht quem nota:

> De La Cueva chama a atenção para essa evolução, observando que o sindicalismo pertence ao futuro e sonha com uma sociedade fundada na justiça social. Seu fim primordial era econômico: melhorar as condições de vida do trabalhador. No meado do século XIX, sua finalidade tinha um nítido traço político, uma vez que a convenção coletiva e sua ação não eram suficientes para obter o que desejava e, então, era preciso partir para a organização política mesmo. No começo deste

---

[5] *Apud* RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho.* Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995. p. 52.

[6] ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho:* Ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 38.

> século já deixa de ser exclusivamente um órgão de luta para se transformar num órgão de cooperação[7].

Não há como desvincular o movimento sindical da inserção dos direitos sociais em várias cartas políticas editadas a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar (Alemanha), que alargaram assim o conteúdo e os horizontes dos direitos fundamentais (antes restritos aos direitos civis e direitos políticos).

2.3 O sindicalismo sob intervenção totalitária

Mas sofreu duro golpe o sindicalismo na década seguinte, por obra ou influência do regime fascista. Observam Wilson Batalha e Sílvia Marina Batalha[8]:

> [...] segundo a Declaração VI da Carta del Lavoro, as corporações (os sindicatos entre estas) constituíam a organização unitária das forças da produção e lhe representavam integralmente os interesses. Constituíam, portanto, órgãos do Estado, compostos de representantes dos trabalhadores e dos empregadores das várias categorias econômicas, atuando-se nelas a integração das forças econômicas e das forças políticas do País. Objeto de sua atividade era a disciplina da produção e do trabalho [...] Eram instituídas por decreto do Chefe do Governo.

Esse sistema corporativista passou a vigorar nos vários países que se fizeram receptivos ou se renderam a tal concepção de Estado totalitário, a exemplo da França (durante a ocupação nazista), Alemanha, Espanha (sob o regime de Franco e da Falange), Portugal (sob o mando de Salazar) e Brasil, neste sob o Governo Vargas.

O retorno à democracia sindical, com a possibilidade de ratificar a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, que cuida da liberdade de os sindicatos se constituírem e agirem na medida de sua legitimidade, teve lugar, nos países citados, após a derrocada das forças do Eixo e conseqüente fim da Segunda Grande Guerra. Menos no Brasil.

---

[7] Ruprecht, *op. cit.*, p. 54.

[8] BATALHA, Wilson de Souza Campos, BATALHA, Sílvia Marina Labate. *Sindicatos, Sindicalismo.* São Paulo : LTr, 1994. p. 29.

3
HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 3.1 Pré-história do direito do trabalho: trabalho escravo e corporações de arte e ofício no Brasil. 3.1.1 As corporações de ofício na Europa e a analogia com o emprego. 3.1.2 A escravidão na América e especialmente no Brasil. 3.1.3 A escravidão inibe as corporações de ofício no Brasil. 3.1.4 As leis trabalhistas surgiram antes da abolição da escravatura. 3.2 A substituição do escravo africano pelo imigrante europeu. 3.3 O direito do trabalho e a industrialização no Brasil.

3.1 Pré-história do direito do trabalho: trabalho escravo e corporações de arte e ofício no Brasil

O trabalho de escravos, dos servos de gleba e dos aprendizes e companheiros em corporações de arte e ofício antecedeu o modo de prestar trabalho que, mais adiante, ambientou-se na empresa capitalista e provocou o surgimento do direito laboral. Mas também se costuma dizer que, no Brasil, o direito do trabalho não teria sido o resultado desse quadro evolutivo, migrando para a nossa ordem jurídica pela intervenção de Vargas.

Ainda que a teoria da generosidade getulista agrida a memória de todos quantos antes se integraram aos movimentos de insurreição contra a exploração do trabalho humano[2], decerto que a universalidade do direito fundamental, especialmente do direito fundamental a um trabalho digno, torna irrelevante, em boa parte, a procura da realidade mais próxima, vale dizer, a discussão sobre o direito do trabalho vigente no Brasil ser um legado de nossas próprias agruras e conflitos ou, por outro lado, se a história do trabalho no Ocidente bastaria ao aparecimento de um direito laboral em nossas plagas.

De toda sorte, dúvidas existem sobre a influência das formas antigas de organização do trabalho – especialmente a escravidão e as corporações – no modo de se organizar o trabalho no âmbito da empresa que emergiu com a primeira revolução industrial. Não há, por exemplo e à toda vista, relação de causalidade entre o trabalho escravo e a relação de emprego. O que há de extraordinário na história do trabalho humano, no Brasil, é a conversão do trabalhador escravo em trabalhador empregado, sem que se vivenciasse intensamente a experiência das corporações de arte e ofício. Esforcemo-nos, pois, por rememorar um pouco da pré-história do emprego, em terras brasileiras.

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] *Vide* MORAES, *Apontamentos de direito operário,* p. XXXII.

3.1.1 As corporações de ofício na Europa e a analogia com o emprego

O trabalho em regime gremial ou corporativo exibia algumas características coincidentes com a relação laboral própria da empresa capitalista, além de outras que o faziam diferente. As diferenças mais expressivas se encontravam no modo de se constituir a organização em que se realizava o trabalho. No plano das relações individuais, eram, porém, parecidas as condições em que se trabalhava sob as ordens dos mestres ou, mais adiante, dos empresários.

As coincidências estavam presentes, por exemplo, na circunstância de que as ordenanças gremiais relativas ao período de prova, disciplina, duração do contrato e tempo de trabalho seguiam orientação análoga à que tem o atual direito do trabalho[3] e também na peculiaridade de os aprendizes, companheiros e mestres serem trabalhadores livres[4].

Evidenciavam-se, porém, as dessemelhanças. A saber, a produção era sobretudo artesanal nas corporações de arte e ofício, a elas não se ajustando as ideias de alienação e divisão do trabalho. Ademais, a revolução industrial foi contemporânea ao fim do regime corporativo e, possivelmente, com este não se harmonizaria uma vez que a hierarquia interna das empresas não teria a formação profissional como pressuposto, sendo possível a qualquer pessoa, inclusive a mulheres e crianças, participar da cadeia de produção nas empresas que surgiam.

Os grêmios ou corporações profissionais desapareceriam definitivamente com a revolução industrial, ainda que fossem igualmente incompatíveis com os cânones da Revolução Francesa de 1789. Aparentemente, os fatores econômicos são comumente mais influentes que as normativas de iniciativa política.

3.1.2 A escravidão na América e especialmente no Brasil

No Brasil, os fatos foram diferentes. Enquanto a Europa via desaparecerem suas velhas organizações corporativas e surgirem as empresas capitalistas, o Brasil ainda vivia um período de escravidão de negros originários da África. Em obra publicada em 1942, o historiador Caio Prado Junior argumentava que para compreender o trabalho livre no Brasil era necessário admiti-lo em sua perspectiva histórica:

> No terreno económico, por exemplo, pode-se dizer que o trabalho livre não se organizou ainda inteiramente em todo o país. Há apenas, em muitas partes dele, um processo de ajustamento em pleno vigor, um esforço mais ou menos bem-sucedido naquela direção, mas que conserva traços bastante vivos do regime escravista que o precedeu[5].

O trabalho forçado foi utilizado tanto no Brasil como nos Estados Unidos[6]. Sem embargo, é necessário entender as diferenças entre a colonização das zonas temperadas da

---

[3] Cf. VIDA, MONEREO, MOLINA. *Manual de Derecho del Trabajo*, p. 64.

[4] *Idem, ibidem.* Os autores advertem, porém, que a liberdade de trabalho dos aprendizes era seriamente afetada, em muitos casos, pela combinação de uma longa duração de seus contratos – eram comuns contratos de seis anos – com um regime de desvinculação ou desate contratual muito rigoroso.

[5] PRADO JR, *Formação do Brasil Contemporáneo*. Brasiliense, São Paulo, 2000, p. 3.

[6] Cf. FURTADO, *Formação Econômica do Brasil.* Publifolha, São Paulo, 2000, p. 123. O autor adverte: "É interessante observar que a evolução diversa que teve o estoque de escravos nos dois principais países escravistas do continente: os EUA e o Brasil. Ambos os países começaram o século XIX com um estoque de aproximadamente um milhão de escravos. As importações brasileiras, no correr do século, foram cerca de três vezes maiores do que as norte-americanas. Sem embargo, ao iniciar-se a Guerra da Secessão, os EUA tinham uma força de trabalho escrava de cerca de quatro milhões e o Brasil na mesma época algo como 1,5 milhão. A

América, inclusive das terras norte-americanas, e a colonização de zonas tropicais como aquela que teve lugar no Brasil.

Embora a compreensão das causas da escravatura tenha a ver com a falta de mão-de-obra nas colônias da América, é interessante observar que a emigração de ingleses na direção do Novo Mundo a partir do século XVI tem significativo incremento com a transformação econômica vivida pela Inglaterra desde o advento da revolução industrial. É que o surgimento da indústria têxtil provocou o deslocamento do campesino inglês que abandonava a lavoura porque nada mais tinha a cultivar senão as pastagens dos carneiros e ovelhas cuja lã iria abastecer as novas fábricas.

Os campesinos migravam para as colônias situadas na América em busca de uma nova sociedade que lhes oferecesse garantias de sobrevivência não mais oferecidas pelo continente europeu. Portanto, o que levou novos colonos para as zonas temperadas da América, cujas condições naturais se assemelhavam às do Velho Continente, não foram as razões comerciais da colonização, até então dominantes[7]. Caio Prado Junior observa, a propósito da ocupação inglesa na América, que se estabeleceu a pequena propriedade, do tipo camponês, nas zonas temperadas (Nova Inglaterra, Nova York, Pensilvânia, Nova Jérsei e Delaware), estabelecendo-se a grande propriedade, do tipo *plantation*, somente ao sul da baía de Delware[8].

Nos trópicos os fatos se davam em outro contexto. Para estabelecer-se em zonas tropicais e subtropicais, o colono europeu, sobretudo os espanhóis e portugueses, emigravam de países ainda não industrializados, que produziam gêneros alimentícios suficientes para seu próprio consumo, precisando importar somente produtos naturais das zonas quentes[9]. Queriam encontrar estímulos diferentes e mais persuasivos nos trópicos e em realidade os encontraram, pois as diferenças de condições climáticas atuaram, verdadeiramente, no sentido de proporcionar aos países colonizadores a oportunidade de obter gêneros alimentícios inexistentes na Europa, ou que nela não se produziam, a exemplo de açúcar, pimenta, tabaco e, mais adiante, anil, arroz e algodão.

Quando veio para os trópicos, o colono europeu não trouxe consigo a disposição de trabalhar ele próprio em um ambiente tão difícil e estranho. Ele vinha "como dirigente da produção de gêneros de grande valor comercial, como empresário de um negócio rendoso; mas só a contragosto como trabalhador. Outros trabalhariam para ele"[10]. A exploração dos trópicos, não sem razão, teria essa característica: ela se realizaria em ampla escala e em grandes unidades produtivas – fazendas, engenhos de cana de açúcar e vastas plantações, semelhantes às *plantations* das colônias inglesas em Virginia, Maryland e Carolina.

Nas plantações no sul dos Estados Unidos e nos trópicos, muitos colonos europeus tiveram que submeter-se à condição degradante de escravos antes que se adotasse a escravidão de negros africanos. Ainda assim, a escravidão de colonos foi temporária e

---

explicação desse fenómeno está na elevada taxa de crescimento vegetativo da população escrava norte-americana, grande parte da qual vivia em propriedades relativamente pequenas, nos Estados do chamado *Old South*. (...) O fato de que a população escrava brasileira haja tido uma taxa de mortalidade bem superior à de natalidade indica que as condições de vida da mesma deveriam ser extremamente precárias".

[7] Cf. PRADO JR, *op. cit.*, p. 15.

[8] Cf. PRADO JR, *op. cit.*, p. 119.

[9] Cf. HOLANDA, *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 47.

[10] PRADO JR, *op. cit.*, p. 17.

seria inteiramente substituída, não voltando a ser tentada nas outras colônias tropicais, inclusive no Brasil, já que Espanha e Portugal, aos quais pertencia a maioria delas, não tinham mão-de-obra excedente e disposta a emigrar a qualquer preço[11].

Em rigor, as condições naturais de clima e tipo de terreno foram mais determinantes, provavelmente, que a índole dos colonizadores. Apesar de seguir as mesmas premissas até aqui sustentadas, Sérgio Buarque de Holanda assinala que o surgimento da indústria na nação britânica, no século XIX, fez gerar uma falsa ideia acerca da gente inglesa: "A verdade é que o inglês típico não é industrioso, nem possui em grau extremo o senso da economia, característico de seus vizinhos continentais mais próximos. Tende, muito contrário, para a indolência e para a prodigalidade, e estima, acima de tudo, a 'boa vida'. Era essa a opinião corrente, quase unânime, dos estrangeiros que visitavam a Grã-Bretanha antes da era vitoriana"[12].

Cabe dizer que os portugueses foram os precursores na prática de escravizar os mouros e, na sequência, os escravos africanos, levados a Portugal pelas expedições ultramarinas e subjugados como presas de guerra ou fruto de resgates[13]. Entretanto, a escravidão moderna, nas colônias americanas, era diferente daquela que se constituía na sociedade dos antigos. Observa Prado Jr.[14]:

> Nada mais particular, mesquinho, unilateral. Em vez de brotar, como a escravidão do mundo antigo, de todo o conjunto da vida social, material e moral, ela nada mais será que um recurso de oportunidade de que lançarão mão os países da Europa a fim de explorar comercialmente os vastos territorios e riquezas do Novo Mundo.

Antes de tentar a escravidão de negros africanos, os portugueses fizeram escravos aos nativos. Os aborígenes foram escravos durante dois séculos, sendo brutalmente explorados pelos colonos ou, alternativamente, eram confinados em aldeias jesuítas pelos padres da Companhia de Jesus. Assim ocorreu até que a legislação engendrada pelo Marquês de Pombal adotasse as linhas mestras da organização jesuíta e ordenasse que os indígenas fossem preparados para a vida civilizada, dando-se então o incremento do tráfico negreiro[15].

A legislação pombalina foi revogada pela Carta Régia de 12 de maio de 1798, recomeçando as atrocidades contra os nativos[16]. Contudo, os efeitos da legislação de Pombal eram notáveis e muitos eram os índios integrados à civilização ou, por outro lado, resistentes a essa prática de aculturação ou de trabalho forçado[17]. Por tal razão, a migração

---

[11] Cf. PRADO JR, *op. cit.*, p. 18.

[12] HOLANDA, *op. cit.*, 1995, p. 45. O autor remata: "[...] Em 1664, no panfleto intitulado *England's treasure by foraigne trade*, Thomas Mun censurava nos seus compatriotas a imprevidência, o gosto da dissipação inútil, o amor desregrado aos prazeres e ao luxo, a ociosidade impudica – *lewd idleness* – 'contrária à lei de Deus e aos usos das demais nações'".

[13] Em dados estatísticos de 1541, estimava-se que cerca de 10 a 12 mil escravos entravam em Portugal, vindo da Nigrícia, anualmente. Cf. HOLANDA, *op. cit.*, p. 54.

[14] *Op. cit.*, p. 278..

[15] Cf. PRADO JR, *op. cit.*, pp. 89-90

[16] Cf. PRADO JR, *op. cit.*, p. 94. O autor observa que a reação dos portugueses se acentuou após a vinda da Corte para o Rio de Janeiro. A Carta Régia de 13 de maio de 1888 declarou guerra contra a tribo dos Botocudos, o Aimorés, permitindo o aprisionamento de índios e sua utilização gratuita a serviço dos comandantes da guerra.

[17] Assinala Sérgio Buarque de Holanda, *op. cit.*, p. 48, que "os antigos moradores da terra foram, eventualmente, prestimosos colaboradores na indústria extrativa, na caça, na pesca, em determinados oficios

de negros cresceu desde a primeira metade do século XIX até a proibição do tráfico em 1850. Nos primeiros anos desse mesmo século, a terça parte da população brasileira era composta por negros africanos, havendo muita miscigenação no restante[18]. Além do trabalho no cultivo da cana e na mineração, os serviços domésticos também eram realizados por escravos[19].

Enquanto se desenvolvia a revolução industrial na Europa, o elemento fundamental da economia brasileira era a propriedade, nela se realizando a monocultura por escravos africanos. A boa qualidade das terras do Nordeste brasileiro contribuiu para que assim se organizasse a agricultura, cabendo notar que a partir do século XVIII a mineração se somou à agricultura como outra grande atividade econômica na colônia portuguesa, embora os métodos continuassem os mesmos: a extração de minerais em larga escala com o auxílio de escravos.

O terceiro setor da economia colonial foi o extrativo, que se desenvolveu quase exclusivamente na região amazônica e consistiu na atividade de extração de caucho, cacau, salsaparrilha, noz de pixurim e outros produtos. A atividade extrativa se organizou de forma distinta, porque não tinha como base a propriedade territorial, deslocando-se livremente os colhedores em meio à floresta em busca do produto. Ainda assim, os empresários exploravam um número significativo de trabalhadores e estava presente, como nas demais atividades desenvolvidas na época colonial, a figura da grande unidade produtora[20].

A proclamação da independência em 1822 não transformou os aspectos estruturais da economia. Sublinha Prado Jr.[21]:

> Chegamos ao cabo de nossa história colonial constituindo ainda, como desde o princípio, aquele agregado heterogêneo de uma pequena minoria de colonos brancos ou quase brancos, verdadeiros empresários, de parceria com a metrópole, da colonização do país; senhores da terra e de toda sua riqueza; e doutro lado, a grande massa da população, a sua substância, escrava ou pouco mais que isto, máquina de trabalho apenas, e sem outro papel no sistema.

3.1.3 A escravidão inibe as corporações de ofício no Brasil

Em meio a tal realidade, não pareceria razoável que se forjassem no Brasil as corporações profissionais. Depois do fracasso das primeiras tentativas de industrialização[22], remanesceram nas cidades somente os mecânicos que trabalhavam por encomenda e a quem se pagava somente o feitio. Por isso, os mecânicos nunca formaram grêmios profissionais à maneira de como procediam na Europa. Como esclarece Capistrano de

---

mecânicos e na criação do gado. Difícilmente se acomodavam, porém, ao trabalho acurado e metódico que exige a exploração dos canaviais".

[18] Cf. PRADO JR, *op. cit.*, p. 100. O autor observa que antes de começarem as grandes importações do século XIX já existiam mais de 5 ou 6 milhões de negros introduzidos no Brasil.

[19] Cf. ABREU, *Capítulos de História Colonial*. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 235.

[20] Cf. PRADO JR, *op. cit.*, p. 122.

[21] *Op. cit.*, p. 125.

[22] Conforme explicaremos adiante, a partir do século XVIII há alguma tentativa de se iniciar a atividade de comércio e de indústria no Brasil, mas em 1785 o "Alvará de Dona Maria" ordenou a extinção de todas as fábricas e manufaturas existentes na colônia, para que não fossem prejudicadas a agricultura e a mineração. Em 1808, dá-se a vinda da Família Real para o Brasil e, então, o Príncipe Regente Dom João VI restabelece a liberdade industrial através do Alvará de 1º de abril de 1808.

Abreu[23], eles “eram para isso muito poucos, e se nas cidades podiam viver de um só ofício, em lugares de população menos densa precisavam de sete instrumentos para ganhar a subsistência. Mesmo nas cidades faziam-lhes concorrência os oficiais escravos”.

À diferença do que sucedeu em outros países, inclusive na América espanhola[24], a escravidão e a hipertrofia da monocultura na estrutura da economia colonial impediu, no Brasil, qualquer tentativa séria de engendrar o modelo corporativo nas outras atividades produtoras. Consoante sobrevisto, a preponderância do trabalho de escravos africanos e mesmo a indústria caseira, que produzia o suficiente para garantir a independência dos ricos, obstaculizaram a circulação de mercadorias e propiciaram a escassez de artífices livres na maior para das vilas e cidades. Talvez por isso, eram muitas as queixas contra mecânicos que violavam impunemente os estatutos de seu ofício ou se recusavam aos exames prescritos, graças à benevolência de certos magistrados[25].

Era comum que mecânicos abandonassem seus ofícios, quando mais capacitados e portanto mais prestigiados em suas cidades, quase sempre na busca de desfrutar regalias normalmente negadas aos que exerciam, simplesmente, a referida atividade. A seu turno, existiam pessoas que, apesar de figurarem entre os nobres, dedicavam-se aos serviços mecânicos como meio de vida, sem perder as prerrogativas da aristocracia. A indisciplina frente aos estatutos da corporação de ofício chegava ao ponto de as lojas comerciais terem que vender coisas muito variadas e até se compravam “ferraduras a um boticário e vomitórios a um ferreiro”[26].

À semelhança do que ocorria na Europa, a legislação estatal regulava o funcionamento das corporações, mas a verdade é que a lei brasileira, sob influência da reforma liberal, aboliu corporações que sequer existiam. Até a primeira Constituição brasileira, a Ordenação do livro I, título 88, impunha aos mestres a preparação dos aprendizes em tempo razoável, ensinando-lhes a ler e escrever. Nesse mundo apenas de fantasia, o art. 179, XXV da Constituição brasileira de 1824, a única carta constitucional do período imperial, predizia: “Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juízes, Escrivães e Mestres”. Agiam os legisladores como se as corporações do tipo europeu aqui também estivessem instaladas.

3.1.4 As leis trabalhistas surgiram antes da abolição da escravatura

As leis brasileiras parecem, às vezes, obedecer a uma cronologia própria, que não raro se dissocia dos fatos sociais por elas disciplinados. Extinguiram, por exemplo, corporações que em verdade inexistiam e, em uma primeira e açodada análise, poder-se-ia argumentar que o trabalho livre foi regulado quando ainda vigorava o trabalho escravo.

É que, sob a influência do ideário liberal preceituado pela Revolução Francesa, com feições individualistas, surgiram ao início do século XIX as primeiras leis que viriam regular os contratos escritos de prestação de serviços, sendo que a primeira dessas leis, em 1830, vedava tais contratos “aos africanos bárbaros, à exceção daqueles que atualmente existem no Brasil” (artigo 7º da Lei de 13 de setembro de 1830). A segunda lei é editada

---

[23] *Op. cit.*, p. 241.
[24] Cf. HOLANDA, *op. cit.*, p. 57. O autor anota a prosperidade dos grêmios de oficiais mecânicos em Lima logo no primeiro século após a conquista do Peru.
[25] Cf. HOLANDA, *op. cit.*, p. 58.
[26] Cf. HOLANDA, *op. cit.*, p. 59.

em 1837 (Lei 108, de 11 de outubro de 1837) e regula o contrato de *locação de serviços* celebrado por escrito, favorecendo a colonização agrícola.

Observa Catharino[27] que o Código Comercial trouxe avanços notáveis para a época, pois, embora editado em 1850, continha normas de proteção em favor dos trabalhadores no comércio, que, no Brasil, antecedeu a indústria e estava em expansão nos centros urbanos. É certo que ainda tratava o contrato de emprego como uma *locação*, mas prescrevia regras sobre o labor de altos-empregados e ainda sobre acidente de trabalho, aviso prévio, indenização por ruptura antecipada de contrato a prazo, justa causa, trabalho marítimo etc.

O mencionado conjunto de normas, versando todas sobre o trabalho livre, antecedeu a abolição da escravatura, mas essa ordem dos fatos não o tornou completamente inócuo. Assim se deu porque, já em 1850, no Nordeste do Brasil, a população livre superava a escrava na maior parte dos municípios, sendo que, em 1870, havia quatro trabalhadores rurais para um escravo, na lavoura nordestina. Além disso, as fugas em massa e a campanha abolicionista levaram o sistema da escravidão a colapso, na região do café, a partir de 1886.

Os referidos aspectos fizeram com que ocorresse, no Nordeste, o cambão, que era um sistema de colonato em que homens livres e pobres pagavam o direito de usar um pequeno trato de terra com trabalho gratuito para o senhor de engenho ou com a entrega de parte de sua produção. No Sudeste, os colonos livres e igualmente pobres se somavam aos antigos escravos, agora empregados, sendo que em São Paulo, mesmo antes da abolição da escravatura, os escravos já eram substituídos por imigrantes.

Em síntese, o trabalho escravo inviabilizou a existência das corporações de ofício no Brasil e, por outro lado, a escravatura não cessou apenas em razão da lei abolucionista. A nossa ordem jurídica regulou o trabalho subordinado quando ainda havia escravidão de negros africanos e aboliu o regime de corporações profissionais sem atentar para a circunstância de que punha termo ao que nem propriamente existia. Mas nada interferiu, ou interfere hoje em dia, na necessidade de o trabalhador brasileiro ser regido por lei trabalhista que segue a ordem universal: protege-se o empregado porque a dignidade do trabalho humano é princípio fundamental.

3.2 A substituição do escravo africano pelo imigrante europeu

A pesquisa sobre as circunstâncias nas quais evoluiu o trabalho humano no Brasil, que mais adiante se daria no ambiente da empresa e sob a regência do direito do trabalho, não pode ser deflagrada a partir do emprego industrial, como de resto ocorreria se adotássemos, puramente, a perspectiva daqueles que concebem a origem do direito laboral nos lindes do modelo de trabalho subordinado que surgiu com a primeira revolução industrial. O Brasil estava entre os países que dependiam da monocultura agrícola de exportação.

Em meados do século XIX, a classe dirigente da economia cafeeira despertou para a possível conveniência de adotar no Brasil o sistema por meio do qual se implementou a emigração inglesa para a América no período colonial, nele se dando a

[27] CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho.* São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 21.

venda pelo imigrante do seu trabalho futuro. O empresário financiava a vinda do imigrante, que se obrigava a permanecer a seu serviço por tempo determinado.

Celso Furtado[28] nos conta que um grande plantador de café, o senador Vergueiro, decidiu inovar na tentativa de superar o maior embaraço para as plantações cafeeiras destinadas sobretudo à exportação. Vergueiro adotou o modelo da imigração inglesa com adaptações importantes: obteve do governo brasileiro o custeio da passagem das famílias estrangeiras para o Brasil e não se estabeleceu, entre nós, um tempo máximo pelo qual o imigrante permanecia obrigado a trabalhar para reembolsar as despesas de sua viagem. Em 1852 e valendo-se de tais benesses, o mencionado senador transferiu oitenta famílias de camponeses alemães para a sua fazenda em Limeira e, na sequência, mais de duas mil pessoas foram transferidas, principalmente de estados alemães e da Suíça, até 1857. Furtado anota com propriedade:

> Com efeito, o custo real da imigração corria totalmente por conta do imigrante, que era a parte financeiramente mais fraca. O Estado financiava a operação, o colono hipotecava o seu futuro e o de sua família, e o fazendeiro ficava com todas as vantagens. O colônio devia firmar um contrato pelo qual se obrigava a não abandonar a fazenda antes de pagar a dívida em sua totalidade. É fácil perceber até onde poderiam chegar os abusos de um sistema desse tipo nas condições de isolamento em que viviam os colonos, sendo o fazendeiro praticamente a única fonte do poder político. A reação na Europa – onde tudo que dizia respeito a um país escravista suscitava imediata preocupação – não tardou. Em 1867 um observador alemão apresentou à Sociedade Internacional de Emigração de Berlim uma exposição em que pretendia demonstrar que os 'colonos' emigrados para as fazendas de café do Brasil eram submetidos a um sistema de escravidão disfarçada. Evidentemente o caminho tomado estava errado, e era indispensável reconsiderar o problema em todos os seus termos.[29]

É fato que em 1859 se proibiu a emigração alemã para o Brasil, pois se formou na Europa uma opinião amplamente contrária ao império escravista da América, assim sucedendo por influência, sobretudo, dos viajantes europeus que por aqui passavam e percebiam a forma primitiva da vida dos colonos, dado que a vida econômica das colônias era mesmo extremamente precária.

Mas ao início do século XX já era muito expressiva a quantidade de imigrantes nas fábricas brasileiras. Observa Mascaro Nascimento[30] que, no Estado de São Paulo, os brasileiros eram menos de 10% dos 50.000 operários. Na capital paulista, mais de 62% dos operários eram imigrantes, sendo a maioria absoluta de italianos. No Rio de Janeiro de 1906, a maioria dos operários era imigrante, formada principalmente por portugueses e espanhóis.

De par com essa miríade de trabalhadores estrangeiros, vários deles cônscios do direito a uma condição mais digna de trabalho e a cerrarem fileiras no movimento anarquista[31], sobressaía uma doutrina jurídica marcadamente reivindicatória, em que

---

[28] FURTADO, *op. cit.*, p. 131.

[29] FURTADO, *op. cit.*, p. 132.

[30] FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998, p. 149.

[31] Opuseram-se, na Europa, as organizações anarco-sindicalistas espanholas e o movimento anarquista histórico, fundado pelo russo Michael Bakunin (1814-1876). Em um de seus textos, Bakunin (BAKUNIN, Michael Alexandrovich. *Textos anarquistas.* Seleção de Daniel Guérin. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre : L&P, 1999. p. 157), ao combater, como usualmente fazia, a necessidade de uma fase transitória de ditadura

figuravam, com destaque, Evaristo de Moraes, Sampaio Dória, Carvalho Netto e Francisco Alexandre. Mas a realidade era adversa, ainda assim, para os trabalhadores.

3.3 O direito do trabalho e a industrialização no Brasil

A atividade econômica que se desenvolvia no Brasil, enquanto o feudalismo vicejava na Europa, era restrita à depredação de nossas riquezas naturais e usava, em larga escala, a mão-de-obra indígena. Nota Catharino[32] que no Brasil não houve sistema feudal e as corporações de ofício tiveram escassa importância. Explica o autor que a colonização começou com as sesmarias e com as capitanias hereditárias, que abriram o ciclo de uma economia rural baseada na propriedade, na enfiteuse, no trabalho escravo de africanos e no servil ou semi-escravo, somente em algumas regiões se iniciando a atividade de mineração.

A partir do século XVIII, surgem algumas iniciativas que visavam introduzir a atividade industrial no Brasil, mas o "Alvará de Dona Maria", em 1785, ordenou a extinção de todas as fábricas e manufaturas existentes na colônia, para que não fossem prejudicadas a agricultura e a mineração. Em 1808, com a vinda da Família Real para o Brasil, o Príncipe Regente Dom João VI restabelece a liberdade industrial através do Alvará de 1º de abril de 1808. Começam a funcionar, já em 1810, as primeiras indústrias têxteis, no Rio de Janeiro e na Bahia, além de siderurgias em Minas Gerais e São Paulo. Em 1850, o Visconde de Mauá inaugura uma oficina de fundição e um estaleiro naval, que nos primeiros onze anos alcançou a produção de setenta e dois navios, a vapor e à vela.

É de se notar que o Brasil formava entre os muitos países que constituíam a economia periférica. Marcio Pochmann esclarece:

> [...] países como Alemanha, Estados Unidos, França e Inglaterra, que juntos representavam apenas 13% da população mundial, foram responsáveis por 74% da produção total de manufatura do mundo durante o começo do século XX [...]. Em relação ao emprego industrial, que geralmente revela relações de trabalho e de remuneração menos precárias, verificou-se que ele se concentrou em poucos países, ao passo que 75% do total da ocupação no setor primário estavam associados às economias periféricas.[33]

Conforme sobredito, o início do século XX assistiu, no Brasil, a uma significativa imigração de europeus, especialmente italianos e ibéricos. Também é certo que eles não assumiram posição de absoluta passividade.

---

do proletariado, preconizada por Marx, defende: "Esta é uma contradição flagrante. Se seu Estado for efetivamente um *Estado Popular*, que razões haveria para suprimi-lo? E se, por outro lado, sua supressão é necessária para a emancipação real do povo, como se poderia qualificá-lo de *Estado Popular*? Polemizando com eles, fizemos com que reconhecessem que a organização livre das massas trabalhadoras, que a liberdade ou a anarquia, isto é, de baixo para cima, é a finalidade última da revolução social e que todo Estado, inclusive o *Estado Popular*, é um jugo, o que significa que, de um lado, gera o despotismo e, de outro, a escravidão".

[32] CATHARINO, *op. cit.*, p. 17.

[33] POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p. 21. O autor remata: "A forte dependência da monocultura agrícola de exportação era uma das principais marcas da periferia, que se utilizava disso para financiar as importações de produtos manufaturados do centro industrializado. Em 1900, por exemplo, o Brasil tinha quase 80% de sua pauta de exportação dependente das culturas de café (61%) e borracha (18%), assim como o Egito possuía 87% das exportações associadas ao algodão, Gana 77% dependentes do cacau e do ouro, Romênia com 76% de cereais, Indonésia com 60% de tabaco e açúcar e Argentina com mais de 2/3 de produtos primários".

Observa Evaristo de Moraes[34] que os primeiros anos da República foram de grande agitação, não apenas porque a Lei Áurea significou a primeira grande lei social entre nós, como também porque à pena da Princesa Isabel faltou uma complementação necessária, qual seja, "uma lei de reforma agrária que fixasse o homem à terra, lhe tornasse proprietário, dividisse os latifúndios, com radical alteração do sistema rural até então vigente, a fim de que, com o novo regime, não se desorganizasse a produção dos campos". Essa providência era cobrada por espíritos iluminados, como Silva Jardim, Joaquim Nabuco e Rui Barbosa.

Sobre as citadas leis não modificarem, também nos centros urbanos e significativamente, as condições de trabalho, basta verificar que, em sua tese de doutoramento, o jovem médico Raul Sá Pinto[35] afirmava, em um tempo no qual já havia sido abolida a escravidão e proclamada a República, ainda desejar que "os operários tenham, em breve, como primeiro passo para a sua tardia integração social, residências, senão ótimas, ao menos salubres e decentes, que os sosseguem do espantalho dos atuais cortiços lôbregos, onde lhes falta o ar, a água e todos os princípios essenciais da higiene". Em remate, afirmava o doutorando:

> "No Brasil, país grande em todos os sentidos – na extensão incalculável do seu território, na opulência esplendorosa da sua natureza, na inteligência pujante dos seus filhos – parece incrível mas é verdade, os operários vivem na mais contristadora das misérias – famintos, rotos, desabrigados e esfalfados. E nada se tem feito por eles, que – coitados! – se encontram, agora, como sempre, nas mesmas condições lamentabilíssimas".

Há notícia, para nós veiculada por Evaristo de Moraes Filho[36], que "mulheres ainda que grávidas e crianças de tenra idade eram obrigadas a mourejar nos serviços mais pesados e penosos, durante mais de doze horas, com salários ínfimos, a fim de poderem contribuir, de qualquer forma, com alguma coisa, para o orçamento doméstico". Talvez por isso, Amauri Mascaro Nascimento[37] releva iniciativas precedentes e afirma que o período liberal do direito do trabalho se iniciou, mesmo, quando abolida a escravidão e proclamada a República.

E havia, ademais, um claro obstáculo à ação protetiva do Estado. É que, além de o Estado liberal não agir – abstinha-se de intervir por pressupor a igualdade e a liberdade dos que protagonizam relações jurídicas –, esse modo de pensar justificou a revogação[38] de leis, editadas ao tempo do Império, que regulavam a locação de serviços, também fazendo com que os legisladores civilistas não atentassem para a relevância social do trabalho.

---

[34] MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário.* São Paulo : LTr, 1998. p. XXXII.

[35] A defesa da tese aconteceu em 1907. *Apud* MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário.* p. XXX.

[36] Em prefácio à obra de seu pai, Evaristo de Moraes, Apontamentos de Direito Operário (p. XXV).

[37] FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho.* p. 148.

[38] Mais adiante, quando o Vice-Presidente Manuel Vitorino Pereira, no exercício da Presidência, vetou projeto de lei que regulava a locação agrícola, assim justificou o veto: "O papel do Estado nos regimes livres é assistir como simples espectador à formação dos contratos e só intervir para assegurar os efeitos e as conseqüências dos contratos livremente realizados. Por esta forma o Estado não limita, não diminui, mais amplia a ação de liberdade e de atividade individual, garantindo os seus efeitos" (Vide MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário.* p. XL).

Comentando o projeto do Código Civil de 1916, Evaristo de Moraes, em obra publicada em 1905[39], ironiza:

> Efetivamente, a redação final do projeto do Código Civil Brasileiro – que temos presente – principia por epigrafar, à moda velha, o conjunto das relações dos trabalhadores ou assalariados, para com seus patrões ou empregadores: da locação de serviços. Dispensa ao assunto 22 artigos. Ao lado, o legislador cogitara da locação de casas, muito mais detalhadamente. Isso denuncia todo o espírito da grande obra republicana, sob o ponto de vista da legislação social...

O Estado liberal se manteve inerte quando devia agir, estendendo a sua proteção em favor da hipossuficiência econômica do trabalhador individual. Ainda assim, o direito do trabalho no Brasil se construiu como uma resposta à pressão social, mas com participação tímida de normas coletivas, elaboradas mediante a ação direta dos trabalhadores, através de seus sindicatos.

A Europa já havia vivenciado a reação do proletariado, alimentada por movimentos socialistas de largo espectro e contida pelas medidas compensatórias empreendidas pela social-democracia, quando o operariado brasileiro se insurgiu e obteve a intervenção estatal. O Estado brasileiro era liberal, mas estava atento à experiência européia e, por isso, promulgou normas que regulavam a jornada de menores cujo trabalho era permitido a partir de oito anos de idade (Decreto 1313/91), o privilégio de salário pago a trabalhadores rurais (Decreto 1150/04) e uma das seis primeiras leis, em todo o mundo, sobre férias remuneradas, fixando-as em quinze dias para empregados de estabelecimentos comerciais, industriais, bancários e de instituições beneficentes (Lei 4982/25), além do Código de Menores de 1927 (Decreto 17934-A), que proibía o trabalho de menores de doze anos e limitava o trabalho de outros menores.

O Estado totalizante, da primeira era Vargas, consolidou a legislação trabalhista e, em 1943, editou a CLT. As indústrias de base, especialmente a siderurgia e a petroquímica[40], surgiram com a legislação trabalhista e a Justiça do Trabalho, tudo em um pacote de intevenção estatal que auspiciava a definitiva modernização do Brasil. A um só tempo, Vargas introduzia a fonte do problema – mediante o estímulo à industrialização de bens de capital e de consumo – e os métodos de solução, tentando queimar etapas do processo de industrialização vivenciado pelos países que compunham a economia central.

A CLT foi seguida de legislação que contribuiu para a atenuação das condições adversas em que se dava o trabalho do empregado brasileiro, abrindo caminho para a constitucionalização dos direitos sociais de índole trabalhista. A Constituição de 1988 elevou, enfim, ao nível de direito fundamental as condições mínimas de trabalho a que pode ser submetido o empregado no Brasil, articulando-se assim com o princípio – que gravou em seu texto como fundamento da nossa República – da dignidade da pessoa humana.

A Consolidação das Leis do Trabalho interveio em demasia, porém e contraditoriamente, na atuação dos sindicatos. Ao estudarmos a origem do direito coletivo do trabalho, vimos que a influência do ideário fascista deu ensejo, no Brasil dos anos 20, à intervenção do Estado no movimento sindical, a partir da adoção do princípio da unicidade sindical (um só sindicato representa a categoria em uma certa base territorial, sendo vedada a formação espontânea de uma nova entidade sindical), da instituição do imposto sindical

---

[39] *Op. cit.* p. 23.

[40] Em verdade, o Conselho Nacional do Petróleo foi instituído em 1938 e a Companhia Siderúrgica Nacional foi fundada em 1941.

(atualmente denominado contribuição sindical) e, até a Carta Política de 1988, através da investidura dos sindicatos através de Carta de Reconhecimento outorgada pelo Ministério do Trabalho.

Tal intromissão do Estado, em assunto marcadamente corporativo, transindividual, neutralizou a atividade dos sindicatos brasileiros que representavam categorias economicamente fracas ou mal organizadas, no exato período em que políticas de pleno emprego permitiam a reivindicação de condições mais justas de trabalho sem a ameaça da retaliação patronal.

4

FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 4.1 Conceito. 4.2 As fontes materiais e as fontes formais do direito. 4.2.1 As fontes formais do direito do trabalho. 4.3 Métodos de integração da norma jurídica. 4.4 Eficácia da norma trabalhista no tempo e no espaço. 4.4.1 Eficácia da norma trabalhista no tempo. 4.4.2 Eficácia da norma trabalhista no espaço.

4.1 Conceito

Que são fontes do direito? Certamente se está diante de uma metáfora, usando-se a palavra *fonte* para se exprimir origem ou fundamento. Origem ou fundamento do direito, por óbvio. Com Bobbio[2], poderíamos dizer que fontes do direito "são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas".

Para a doutrina positivista, a classificação das *fontes* deve levar em conta a supremacia da lei, como manifestação da soberania do Estado, distinguindo-se-as como *fonte originária* – é o poder originário, vale dizer, "a fonte das fontes", que dá unidade ao ordenamento jurídico – e *fontes derivadas.* Entre as fontes derivadas, encontram-se as *fontes reconhecidas* (o costume, por exemplo, que preexiste ao Estado, mas é por ele reconhecido ou recepcionado) e as *fontes delegadas* (o ordenamento jurídico, quando concebido como uma construção escalonada de normas, pressupõe a delegação do poder constituinte ao legislador ordinário e deste ao poder judiciário). Nota-se, porém, que essa classificação visualiza o direito sob o aspecto estritamente formal[3].

4.2 As fontes materiais e as fontes formais do direito

Os autores, inclusive os laboralistas, preferem certamente classificar as fontes do direito em *fontes materiais* (também ditas *reais* ou *primárias*) e *fontes formais.* As fontes materiais são representadas pelos fatores sociais ou históricos determinantes no surgimento da norma e estas, as fontes formais, revelando-se nos mecanismos e modalidades mediante os quais o Direito transparece e se manifesta, na síntese feliz de Maurício Godinho Delgado[4]. A compreensão é facilitada se associamos as *fontes materiais* aos movimentos obreiros referidos no capítulo precedente, bem assim às teorias e princípios filosóficos que os fizeram afrontar o Estado burguês.

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996. p. 45

[3] Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi e outros. São Paulo: Ícone, 1995. p. 164.

[4] DELGADO, Maurício Godinho. Fontes do direito do trabalho. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. I. São Paulo: LTr, 1993. p. 94.

As fontes formais se manifestam na Constituição, leis e outras espécies normativas que servem à exteriorização do direito – em verdade, a fonte formal não é a lei, mas sim a atividade legislativa.

Por conseguinte, é fácil perceber que, cronologicamente, as fontes materiais antecedem as fontes formais, nestas se convertendo no instante em que o emissor virtual da norma elege, entre as condutas que a sociedade não repele por indesejáveis, aquela que deve ser prescrita em regra jurídica, garantida por sanção. Este é um momento de *decisão*, por isso dizendo Miguel Reale, sobre as fontes do direito, "que são (estas) sempre estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória, quer *erga omnes*, como ocorre nas hipóteses da fonte legal e da consuetudinária, quer *inter partes*, como se dá no caso da fonte jurisdicional ou na fonte negocial"[5].

Em sendo editada a norma, ou melhor, em surgindo afinal a fonte formal de direito, vale recordar o que diz Bobbio, na introdução da obra *A Era dos Direitos*, a propósito do dilema com que se pode defrontar o operador do direito que, questionando o fundamento do direito aplicável a um caso concreto, esteja a buscar o componente da eqüidade ou justiça na norma a aplicar:

> O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo[6].

A lição de Bobbio nos seria útil sempre que instados à indicação da fonte formal de um direito qualquer, mas já adianta a preocupação de investigar o sentido do justo, na norma posta. Assim se comportam, com maior ou menor rigor, vários filósofos do direito que privilegiam, neste, o seu aspecto formal. Entretanto, cabe lembrar, no ponto extremo dessa visão formalista do Direito, a acepção purista que emprestou Kelsen ao princípio (que intitula *princípio da legitimidade*) de que a norma de uma ordem jurídica "é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica"[7].

Cabe recordar que Hans Kelsen, o mais festejado expoente do positivismo jurídico, concebia a *teoria pura do direito* sem qualquer susceptibilidade, ao explicar a *norma* jurídica, a juízos de valor subjetivo[8]. Não lhe interessava, ao delimitar o universo de conhecimento a que haveria de se dedicar a ciência jurídica, indagar quais as fontes materiais do direito ou, em suas palavras, aquelas que "influenciam a função criadora e a

---

[5] REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11.

[6] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15. Sem grifo no original.

[7] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 233.

[8] O *juízo de valor objetivo*, segundo Kelsen, consistia, simplesmente, na relação de conformidade ou desconformidade entre uma conduta humana e uma norma considerada objetivamente válida.

função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros"[9].

Kelsen argumentava, por isso, que "só costuma designar-se como fonte o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual". Concluía: "Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito"[10]. Como observa Maria Helena Diniz[11], "a teoria kelseniana, por postular a pureza metódica da ciência jurídica, libera-a da análise de aspectos fáticos, teleológicos, morais ou políticos que, porventura, estejam ligados ao direito".

Esse aparente desprezo às fontes materiais do direito se reduz, porém, na mesma medida em que se acentua a crítica ao *purismo* sugerido pelos positivistas. Não se pode esquecer que o *direito* pressupõe uma fonte material e uma fonte formal, aquela assegurando a *legitimidade* desta. Os aplicadores do Direito, inclusive do direito laboral, esforçam-se por aplicar o direito *legítimo* e por vezes se esquecem de examinar a afinidade deste com sua fonte material, ao investigar essa *legitimidade.* O mau-vezo é, aliás, diagnosticado por Roberto Lyra Filho, *litteris:*

> As fontes materiais do Direito são esquecidas, no instante mesmo em que intervêm as formais e se constitui o marco normativo, para servir como dogma. O espírito legalista ou, mais amplamente, normativista, ao admitir outras fontes formais da mesma origem social, esquece que as fontes materiais continuam funcionando, na dialética jurídica, para validar ou invalidar cada preceituação em devenir[12].

Por seu canto, o laboralista Tarso Genro proscreve o "velho fetiche da legitimidade, tomada no seu sentido jurídico e filosófico burguês", na concepção do Estado, inclusive do Estado socialista. O autor enumera as razões que o fazem seguro de seu ponto de vista, a saber:

> Em primeiro lugar, a validade ou invalidade de cada manifestação normativa não surge da legitimidade do poder que a emite, já que também a autoridade legítima prescreve normas e sanções injustas e que se chocam com a emergência do novo, pois 'as fontes materiais continuam funcionando'[...]. Em segundo lugar, a legitimidade não é a medida do Direito justo, mas sua exteriorização numa conjuntura histórica determinada, que está sob pressão permanente da realidade histórica de onde emanam as fontes materiais. O Direito pode proceder de autoridade legítima e se opor às fontes materiais [...], perdendo a validade pela sua ineficácia social ou por exteriorizar injustiça flagrante [...][13]

Bem se vê a importância do tema. E ainda que não se imagine o Direito como um *fenômeno social objetivo*[14], mas como objeto - perfeitamente delimitado - da ciência

---

[9] *Op. cit.*, p. 259.
[10] *Op. cit.*, p. 259.
[11] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 278.
[12] LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980. p. 38.
[13] GENRO, Tarso Fernando. *Introdução Crítica ao Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 50.
[14] Em que a norma é inferida das relações preexistentes e pode ser um sintoma de relações que vão nascer. É uma visão oposta à daqueles que reduzem o direito à norma legal.

jurídica, decerto que não será menor a relevância das fontes materiais, bastando lembrar, de par com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil[15], que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Tem pertinência, por derradeiro, o art. 1º da Constituição, quando diz serem a *dignidade da pessoa humana* e o *valor social do trabalho* fundamentos do Estado Democrático de Direito, rematando o art. 3º, I, da mesma Carta Política, que se constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Identificados, assim, os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, carece de validade a norma de escalão inferior que irromper contra esse *desafio* nacional.

Deter-nos-emos, em seguida, às fontes formais do direito do trabalho, dadas as peculiaridades a este inerentes. Compreender o modo muito especial como se exterioriza a norma trabalhista é fundamental ao nosso estudo.

4.2.1 As fontes formais do direito do trabalho

Move-nos a *lei do menor esforço* quando dizemos serem a *lei* e outras espécies normativas fontes formais do direito. Corrige-nos a metáfora de Du Pasquier, apropriadamente transcrita por Maria Helena Diniz[16], quando afirma aquele que assim como a fonte de um rio não é a água que brota do manancial, mas é o próprio manancial, a lei não representa a origem, porém o resultado da atividade legislativa. Continuaremos, porém, a fazer (pouco) caso desse equívoco semântico, por entendermos que do novo significado já se apropriou a linguagem técnica.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk[17] dividem as *fontes formais* do Direito do Trabalho em quatro categorias, quais sejam:

a) fontes de produção estatal;

b) fontes de produção profissional;

c) fontes de produção mista;

d) fontes de produção internacional.

Fonte de produção estatal é a Constituição, sobremodo a que enumera direitos sociais, prescrevendo-os. As cartas constitucionais assim operam desde a Constituição do México de 1917 e a de Weimar, editada na Alemanha em 1919[18], havendo marcante influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Desde então, observa Bobbio:

> Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os

[15] Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro de 1916.
[16] *Op. cit.*, p. 284.
[17] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 39.
[18] Embora a doutrina se refira, normalmente, à Constituição de Weimar, é certo que a Constituição de Querétaro, no México, continha capítulo dos direitos sociais e surgiu em 1917, dois anos antes.

> segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.

Também são fontes formais, de produção estatal, as leis, regulamentos ou qualquer outra espécie normativa que provenha do Estado. É tempo de perceber que todas essas fontes formais de produção estatal não se encarregam de esgotar a proteção ao empregado, não a exaurem; garantem, em vez disso, um conteúdo mínimo ao contrato de trabalho, em atenção à dignidade do trabalhador. A cláusula contratual pode assegurar mais, nunca menos, que a previsão legal.

Fontes de produção profissional são as convenções coletivas de trabalho, os acordos coletivos de trabalho e os regulamentos de empresa. A tentativa de incluir, nesse rol, os *contratos coletivos,* fora encetada mediante a alusão dessa nova figura – que teria âmbito nacional e estimularia a negociação contínua das condições de trabalho – na Lei 8542/92, por gestões do laboralista João de Lima Teixeira Filho. Mas malogrou, sendo finalmente derrogados os dispositivos, que tratavam do citado *contrato coletivo*, pela Medida Provisória 1540-31/97.

A nosso pensamento e não obstante o papel secundário que lhes é atribuído por alguns doutrinadores de reputação merecida[19], as fontes de produção profissional ou autônoma[20] se apresentam como o mecanismo atualmente mais apto a tornar efetiva a proteção ao trabalho e ao mercado de trabalho, pela possibilidade que dão aos próprios atores sociais de adaptar a regra jurídica, sem prejuízo da garantia mínima já referida, a novas realidades ou condições de trabalho, surgidas como corolário das mutações econômicas ou inovações tecnológicas que movimentam o nosso cotidiano. É pena que se desvirtue, por vezes, essa função das normas coletivas, preconizando-se o seu uso como um instrumento de redução de direitos trabalhistas indisponíveis.

A convenção coletiva de trabalho nasceu como forma de os trabalhadores, organizados em torno do sindicato que defendia os seus interesses, obterem condições de trabalho que o Estado, por inércia, não lhes estava a assegurar, mediante lei. O acordo coletivo de trabalho surgiu posteriormente, distinguindo-se da convenção pelo fato de apenas o sindicato obreiro participar de sua elaboração, do outro lado se apresentando o(s) empregador(es). Na convenção coletiva de trabalho, também o empregador está representado pelo sindicato da categoria econômica, de que é membro. Voltaremos ao assunto quando tratarmos, no próximo capítulo, do princípio da autodeterminação coletiva.

O *regulamento de empresa* é, da empresa, o estatuto. No uso de seu poder de organização, em que está investido por ser o titular da empresa, o empregador estrutura a sua unidade produtiva, instituindo a divisão de trabalho que lhe apraz. O *poder* de dirigir a empresa é inerente ao capitalismo, em qualquer de suas formas, não se podendo olvidar, neste passo, o prestígio que o direito burguês confere ao direito de propriedade - ocorre, porém, de os trabalhadores também participarem da elaboração do *regulamento de empresa.* São exemplos deste os planos de cargos e salários e os quadros de carreira que disciplinam as relações trabalhistas em inúmeras organizações empresariais.

---

[19] Cf. GOMES e GOTTSCHALK, *op. cit.*, p. 49.

[20] Segundo classificação proposta por Kelsen, as fontes *autônomas* são elaboradas pelos próprios destinatários e por isso se distinguem das fontes de produção *heterônoma*.

Fonte de produção mista é a *sentença normativa*, que ultima os processos coletivos (a Constituição e a CLT os denominam *dissídios coletivos*) instaurados quando é malsucedida a negociação direta entre sindicato profissional e o empregador ou sua representação sindical. Também aqui se diferencia o direito laboral, em vista do *poder normativo* assegurado à Justiça do Trabalho pelo artigo 114, §2º, da Constituição.

Contudo, após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 o citado dispositivo passou a exigir, para a instauração do dissídio coletivo que resultaria em uma sentença normativa, a existência de "comum acordo". Vale dizer, o dissídio coletivo somente pode iniciar-se nos casos em que a Justiça do Trabalho for provocada por ambos os polos da relação conflituosa: empregados (necessariamente pelo sindicato respectivo) e empregador(es). Ressalvou-se apenas a hipótese de "greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público", quando o Ministério Público pode ajuizar o dissídio coletivo (art. 114, §3º da Constituição).

Na prática, a exigência de comum acordo entre as partes desavindas tem propiciado a agonia do dissídio coletivo e, por extensão, da sentença normativa que nele sobreviria. Decerto porque é de nossa tradição que se ajuízem processos judiciais apenas quando o esforço da negociação já fora levada ao extremo, acirrando-se o conflito e assim se inviabilizando que os contendores elejam, como cavalheiros medievais, o palco do duelo que gostariam de protagonizar.

Em verdade, o Tribunal Superior do Trabalho tem contemporizado o rigor da nova regra, ao afirmar que o comum acordo é exigível para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica (em que as condições de trabalho e salário são revistas), não se o exigindo para dissídios coletivos de natureza jurídica (nos quais se questiona a interpretação de normas coletivas).

Fontes de produção internacional são sobretudo os *tratados* referidos pelo art. 5º, §2º, da Constituição. Esses tratados internacionais podem se inserir na nossa ordem jurídica, converter-se em *norma*, especialmente as *Convenções Internacionais da OIT*, que ganham força normativa quando ratificadas pela autoridade competente do Estado-membro - no Brasil, pelo Congresso Nacional, sendo questionada, pela doutrina especializada e em face do que dispõem os artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição, a necessidade de ato de promulgação posterior, pelo Presidente da República.

Sob a regência da relação individual de trabalho por normas gerais, protege-se o empregado, mas, com igual efeito, impõe-se o mesmo ônus financeiro a todos os empresários e assegura-se, assim, a cada um deles melhor ou mais equânime condição de competir. Também o Direito Internacional do Trabalho tem como objetivos, como ensina Arnaldo Süssekind[21]:

> I - por meio de convenções internacionais: a) universalizar as normas de proteção ao trabalho, esteadas nos princípios da justiça social e da dignificação do trabalho humano; b) estabelecer o bem-estar social geral como condição precípua à felicidade humana e à paz mundial; c) evitar que razões de natureza econômica, decorrentes do ônus da proteção ao trabalho, impeçam que todas as nações adotem e apliquem as normas tutelares consubstanciadas nos diplomas internacionais.

[21] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho* / Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Viana. Vol. II. São Paulo : LTr, 1993. p. 1245.

Sobre ser atual essa preocupação, vejamos o que retrata reportagem do jornalista Jaime Spitzcovsku, para a *Folha de São Paulo*, de 14.04.98[22]:

> Turnos de mais de 12 horas diárias de trabalho para conseguir alcançar a produtividade exigida. Trabalhar em pé. Cortar, durante o dia e parte da noite, veludo, um tecido grosso, com tesouras e sem usar luvas. O esforço deixa marcas nas mãos. Esse cenário despontava numa fábrica de brinquedos de Xangai, um dos corações industriais da China neocapitalista. O milagre asiático, agora desafiado pela crise financeira, usou como um de seus combustíveis na decolagem a exploração da mão-de-obra. As principais vítimas são mulheres e crianças. O trabalho infantil também municiou a economia paquistanesa, indiana e de alguns países árabes. Mãos pequenas tecem tapetes com mais destreza, argumentam os fabricantes. Na China, a opção por mão-de-obra feminina também busca argumentos para sobreviver. As mulheres seriam mais habilidosas para cortar o veludo. Na Tailândia e no Sri Lanka, vi mulheres e crianças vítimas de exploração sexual. São exemplos asiáticos de um problema global.

O órgão da OIT que elabora a regulamentação internacional do trabalho é a Conferência Internacional do Trabalho, composta de quatro delegados de cada Estado-membro, sendo dois deles designados pelos respectivos governos, um pelos empregadores e um pelos trabalhadores[23]. Existem várias *convenções internacionais* ratificadas pelo Brasil, entre estas sobressaindo aquelas que cuidam da igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais quando vítimas de acidentes do trabalho (Convenção n. 19/25), do trabalho forçado (n. 29/30), da indenização por enfermidade profissional (n. 42/34), da inspeção do trabalho na indústria e no comércio (n. 81/47), da proteção do salário (n. 95/49) etc., sendo exaustiva a relação de convenções internacionais ratificadas, a que procedera o Min. Arnaldo Süssekind[24].

Mas há outras normas imperativas de direito internacional, enumeradas, com visível atualidade, por Amauri Mascaro Nascimento[25]. Refere-se o autor às convenções internacionais da OIT e, além destas, aos *tratados internacionais* - bilaterais (a exemplo do *Tratado Bilateral de Itaipu*, em que Brasil e Paraguai regeram as relações surgidas na fronteira de seus territórios, a partir da construção da Usina de Itaipu) ou multilaterais; às *normas comunitárias* - que são as normas vigentes para o âmbito de uma comunidade internacional (*Comunidade Européia, Mercosul* etc.) e aos *contratos coletivos internacionais* - que "resultam das negociações coletivas internacionais, como a convenção coletiva da indústria de automóveis (General Motors - Ford), comum às empresas instaladas no Canadá (Toronto) e Estados Unidos da América (Detroit)".

4.3 Métodos de integração da norma jurídica

---

[22] Terceiro caderno, p. 9.

[23] Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.* p. 1261. A Conferência Internacional do Trabalho também elabora as *recomendações* – que se distinguem das *convenções* porque somente estas são submetidas à ratificação pelos Estados-membros, enquanto as *recomendações* são submetidas à autoridade competente para que esta tenha a iniciativa de propor legislação sobre a matéria – e elabora, enfim, as *resoluções*, que tratam de matéria não inserida na ordem do dia da CIT e, por isso, sujeitas à maioria simples, enquanto as *convenções* e *recomendações* dependem de maioria de dois terços dos presentes, em votação dupla (p. 1270). Os outros órgãos da OIT são o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho, o primeiro com funções administrativas e esta última consistindo em uma secretaria técnico-administrativa.

[24] *Op. cit.*, p. 1296.

[25] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 70.

O artigo 126 do CPC, reiterando o que preceitua o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e a pretexto de ser indeclinável a função jurisdicional, refere-se à analogia, aos costumes e princípios gerais de direito como métodos de integração da norma jurídica. É dizer: quando falta a lei para o caso concreto, recorre o aplicador do direito à analogia, aos costumes ou aos princípios gerais de direito para solucioná-lo. Consoante diz acórdão do Supremo Tribunal Federal[26]:

> Não pode o juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentido de justiça ou eqüidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com eqüidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério.

Os métodos de integração da norma trabalhista, referidos pelo art. 8º da CLT, estão em quantidade mais expressiva, *verbis:*

> As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela *jurisprudência,* por *analogia,* por *eqüidade* e outros *princípios e normas gerais de direito,* principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os *usos e constumes,* o *direito comparado,* mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Quanto à ***jurisprudência***, antecipamos que não a deveríamos ter como fonte formal de direito, porquanto não consista propriamente em *norma jurídica,* mas sirva para sinalizar a orientação predominante dos órgãos de jurisdição, juízes e tribunais, na interpretação e aplicação da ordem normativa. O vocábulo tem um outro sentido, quando significa – ainda há quem assim se refira – a ciência jurídica. Ao que aqui nos interessa, a palavra *jurisprudência* indica os precedentes judiciais, conforme sobredito.

A orientação jurisprudencial, notadamente aquela que emanava do TST, já teve maior influência na aplicação da norma trabalhista. É que, a ensinamento de Evaristo de Moraes Filho[27], o artigo 902 da CLT, atualmente derrogado, "facultava ao TST estabelecer prejulgados com força vinculativa e compulsória, in abstracto, obrigando a todas as instâncias inferiores investidas da jurisdição da Justiça do Trabalho". O ilustre e nominado professor desde sempre sustentara a inconstitucionalidade do tal dispositivo consolidado, por entender que o mesmo ensejava *verdadeira ditadura do judiciário.* Essa inconstitucionalidade fora afinal reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo vitorioso, nesse sentido, o voto do Ministro Xavier de Albuquerque.

Basta ler o artigo 896 da CLT para se inferir, contudo, a possibilidade de o recurso de revista ser trancado sempre que, fundado em divergência jurisprudencial, for manejado contra decisão que esteja em consonância com enunciado da Súmula de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. É inegável a influência desses enunciados de súmula, portanto, malgrado não se possa cogitar do *efeito vinculante* outrora atribuído aos prejulgados – as instâncias inferiores estão livres para decidir em outro sentido.

A ***analogia*** consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. Os tribunais trabalhistas, por exemplo, têm aplicado aos

---

[26] Ac da 1ª T., RE 93.701-3-MG, de 24.9.85, Rel. Min. Oscar Corrêa, RBDP 50/159.
[27] MORAES FILHO, Evaristo, MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1991. p. 144.

digitadores, por analogia, a regra relativa a intervalos em meio à jornada de trabalho, instituída pelo art. 72 da CLT em benefício dos mecanógrafos – o computador não compunha a realidade do legislador, quando incluído o tal preceito no texto consolidado. A Súmula 346 do TST findou por consolidar tal entendimento.

Refere-se ainda o art. 8º da CLT à ***eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho.*** Em princípio, a *eqüidade* estaria arrolada entre os *princípios gerais de direito,* sendo certo que tanto aquela palavra como esta expressão têm significado de difícil apreensão, em boa doutrina.

Carlos Maximiliano[28], sobre a *eqüidade* e remetendo às lições de Aristóteles, diz ser ela:

> [...] a mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, ao lugar e aos tempos; no parecer de Wolfio, uma virtude, que nos ensina a dar a outrem aquilo que só imperfeitamente lhe é devido; no dizer de Grocio, uma virtude corretiva do silêncio da lei por causa da generalidade das suas palavras. A eqüidade judiciária compele os juízes, no silêncio, dúvida ou obscuridade das leis escritas, a submeterem-se por um modo esclarecido à vontade suprema da lei, para não cometerem em nome dela injustiças que não deshonram (sic) senão os seus executores. A sua utilidade decorre dos inconvenientes que acarretaria a aplicação estrita dos textos. A frase - summum jus, summa injuria - encerra o conceito de Eqüidade.

Mas a *eqüidade* nem sempre tem o caráter apenas integrativo (servindo à norma que existe, mas é demasiadamente genérica, precisando ter o seu campo de incidência ou efeitos jurídicos mais bem delimitados) ou o interpretativo (quando serve à definição de conteúdo da norma preexistente), uma vez que também se fala da *eqüidade substitutiva*, quando o juiz estabelece uma regra que supre a falta de uma norma legislativa. A lição é de Bobbio[29], para quem *juízo de eqüidade* é aquele "que não aplica normas jurídicas positivas (legislativas e, podemos até acrescentar, consuetudinárias) preexistentes. No juízo de eqüidade, o juiz decide segundo sua consciência ou com base no próprio sentimento de justiça".

Percebe-se que a noção de *sentimento de justiça* está agregada ao conceito de *eqüidade,* vários teóricos assim se posicionando. Em verdade, oconceito de *eqüidade* é difuso, como o é, por igual, a compreensão do que vêm a ser os *princípios gerais de direito.* Não são poucos os estudiosos que os associam aos direitos inerentes à natureza humana, atraindo assim, via reflexa, toda a crítica por vezes direcionada aos jusnaturalistas. A tendência positivista dos que operam o direito do trabalho, inclusive no Brasil, tem induzido a doutrina a orientar que o juiz deve decidir *com* eqüidade, e não *por* eqüidade. Mas há que se ressalvar a *jurisdição normativa,* quando os tribunais se utilizam da eqüidade (não há direito preexistente) como fonte de direito, na solução dos conflitos coletivos do trabalho.

A existência dos *princípios especiais do direito do trabalho,* citados pelo artigo 8º da CLT, denuncia a autonomia do direito do trabalho. Mas desses princípios trataremos em capítulo à parte, dada a influência de seu estudo nas etapas seguintes do nosso curso.

---

[28] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947. p. 212.

[29] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico,* p. 171.

O dispositivo consolidado se reporta ainda aos ***usos e costumes***. Não há, entre estes e aqueles, sinonímia perfeita. O *uso* é a conduta habitual no âmbito de uma relação intersubjetiva, é o comportamento do empregador em relação a seu empregado. O *costume*, ensina Maurício Godinho Delgado[30], é "a prática habitual concernente a determinada empresa, categoria, região etc., firmando uma norma de comportamento geral, impessoal, aplicável ad futurum a todos os trabalhadores integrados no mesmo inclusivo contexto".

"Por essa razão", prossegue o professor e magistrado das Minas Gerais, "é que a legislação comum, elaborada com técnica jurídico-doutrinária mais precisa que a seguida pela CLT, aponta referência exclusiva a costumes como fonte normativa auxiliar, silenciando sobre os usos".

No Brasil, o *uso* é conotativo de *ajuste tácito.* Por isso e na forma dos artigos 444 e 468 da CLT, o *uso* obriga o empregador, que não pode alterar os hábitos que incute ou estimula no empregado, se tal alteração das condições de trabalho implicar prejuízo para este. O empregador que usa fornecer utilidades alimentícias como incremento ao salário ou está habituado a antecipar o dia em que assalaria o seu empregado confere caráter contratual a esses *usos* e não os pode suprimir ou alterar unilateralmente[31].

O *costume* se apresenta como norma geral e, não raro, o seu conteúdo passa a compor o direito escrito num segundo momento, notadamente quando o povo - de um país como o nosso - tem índole positivista e encontra a fluidez das normas coletivas, sempre permeáveis à incorporação das novas conquistas obreiras. A norma consuetudinária se transmuda em norma convencional. Ideal ou praticamente, é interessante que assim suceda.

Isso ocorreu, por exemplo, quando da inserção em convenções coletivas e mesmo em lei federal das gratificações semestrais e natalinas, valendo lembrar, aqui e também, passagem da obra de Amauri Mascaro Nascimento[32]:

> Um sentimento moral de praticar o bem levou Leclaire, industrial da França, em Paris, no ano de 1827, a reunir os seus operários, na fábrica de sua propriedade, e distribuir-lhes o dinheiro de uma sacola, proveniente dos resultados do empreendimento durante o ano. Desse modo resultou a prática da participação dos empregados nos lucros da empresa.

O artigo 8º da CLT refere, enfim, o ***direito comparado*** que seria, segundo Carlos Maximiliano, o processo sistemático (de interpretação da norma) levado às suas últimas conseqüências naturais, lógicas... Ensina, em remate, o prestigiado hermeneuta:

> Efetivamente, deve confrontar-se o texto sujeito a exame com os restantes, da mesma lei ou de leis congêneres, isto é, com as disposições relativas ao assunto, quer se encontrem no Direito Nacional, quer no estrangeiro... Pouco a pouco se foi universalizando, quanto ao Direito, a cultura humana; de um estudo particularista, de fronteiras limitadas, âmbito restrito, passou-se a uma vista de conjunto, ampla, de horizontes vastíssimos[33].

Já tratamos desse assunto quando mencionamos as fontes de produção internacional e ao estudo destas remetemos o nosso interlocutor. Cabe ressaltar, porém, que não têm relevância, no *processo sistemático* acima definido, apenas as normas elaboradas

---

[30] *Op. cit.* p. 103.
[31] É outro, porém e conforme veremos, o entendimento do TST (orientação jurisprudencial n. 159 da SDI I).
[32] *Op. cit.* p. 196.
[33] *Op. cit.* p. 164.

pelos organismos internacionais para aplicação nos Estados-membros, entre eles o Brasil. Interessam, agora, as normas que disciplinam as relações de trabalho em outros países, na verificação do alcance e sentido da norma trabalhista a viger em nosso território.

Em seguida, reza o citado preceito consolidado que a norma ou princípio trabalhista será aplicado *sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.* O interesse do empregado é, o mais das vezes, o interesse dos seus colegas de trabalho na mesma empresa, podendo extrapolar o diâmetro empresarial e se apresentar como o interesse de toda uma categoria profissional.

A informatização do trabalho, especialmente o *tele-trabalho* (que se desenvolve em domicílio, através de um *modem* acessado a um computador), tem contribuído para afastar o empregado de seus pares e, nessa medida, o sentimento de solidariedade social que fez surgir o direito do trabalho como um direito de conquista. Todavia, enquanto o vínculo de emprego existir predominantemente em estabelecimentos empresariais, é necessário que se perceba a prevalência do interesse público sobre o interesse individual, numa graduação em que o interesse transindividual, social ou coletivo, ocupa o degrau intermediário.

Seria a hipótese de se perguntar: essa regra implicaria sobrepor o interesse na manutenção da empresa industrial ao interesse individual do trabalhador, quando este quer manter condições de trabalho incompatíveis com a automação da fábrica, necessária à manutenção desta no mercado competitivo? Intuímos que sim, mas não há regra absoluta. Para nós, o limite seria o da *razoabilidade* e, num plano concreto, tornar-se-ia impossível, sempre, a subtração dos direitos sociais assegurados ao trabalhador pela Carta Política da União.

Por fim, o parágrafo único do art. 8º da CLT prevê que *o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.* Portanto, a aplicação do direito civil somente será possível quando for omissa a norma trabalhista e houver compatibilidade com os princípios fundamentais do direito do trabalho. A compatibilidade exigida para a supletividade da norma civil certamente deverá existir em relação ao princípio da proteção, sobretudo com este. Possível, pois, é a aplicação subsidiária da norma de direito civil que está a reger um contrato de adesão, mas muito difícil será essa subsidiariedade quando o direito comum ou civil estiver a regular um contrato paritário.

4.4 Eficácia da norma trabalhista no tempo e no espaço

Dir-se-ia, *ab initio*, que a norma trabalhista tem *eficácia imediata* e é *vigente nos contratos executados em território nacional*. Estudemos, porém, uma e outra regra, separadamente, inclusive porque regidas por ramos distintos da ciência jurídica. Como lembra Estêvão Mallet[34], os conflitos entre leis no tempo constituem objeto do direito intertemporal ou transitório, enquanto os conflitos no espaço são tratados pelo direito internacional privado.

4.4.1 Eficácia da norma trabalhista no tempo

[34] Revista LTr 62-03/330.

A propósito da *eficácia da norma trabalhista no tempo,* cabe recordar que à norma jurídica é vedado o efeito da retroação, ou seja, a possibilidade de alcançar situações jurídicas consolidadas sob a regência de norma anterior. O art. 5º, XXXVI, da Constituição, estatui que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, sendo esta, não há dúvida, a melhor expressão do *princípio da irretroatividade* (relativizado pelo Direito Penal, é verdade, quando a nova lei surge para beneficiar o réu - art. 5º, XL, da Constituição).

Mas é imperioso não confundir *retroatividade* com *efeito imediato.* Imaginemos, pois, uma relação jurídica que fora constituída por contrato, sob o império de uma dada lei. Contudo, o contrato é de trato sucessivo (locação ou emprego, *v.g.*) e, por isso, a tal relação jurídica se protrai no tempo, alternando-se o uso do imóvel com o pagamento do aluguel ou, noutro caso, sucedendo o salário ao trabalho, dia após dia. Se, por hipótese, surge uma nova lei que estabelece outros parâmetros para os reajustes de aluguéis ou salários, dá-se a *aplicação imediata* do novo preceito legal, notadamente quando se apresenta este revestido de cogência ou imperatividade, visando à proteção do sujeito ou parte hipossuficiente, sob o enfoque econômico. Nesses casos, o novo estatuto normativo não terá qualquer influência nas situações jurídicas que se consolidaram com base na lei revogada (salários quitados, *v.g.*), mas passará a reger as situações jurídicas ainda expectantes, não consolidadas, o direito por nascer, ainda não exercitável nem exigível.

Assim no direito do trabalho, diz-se aplicar-se, das leis que o regem, o *efeito imediato.* A observação, pertinente, é de Amauri Mascaro Nascimento, afirmando secundar Caldeira e De Ferrari[35]:

> A vigência imediata é uma qualidade da ordem pública em que se fundam as disposições trabalhistas. Se, por exemplo, uma lei nova reduz a jornada de trabalho, seria impossível esperar que se celebrassem novos contratos de trabalho para que a redução entrasse em vigor. O mesmo ocorreria se, estabelecido legalmente um tipo de salário mínimo, ficasse admitido que continuariam sendo pagos salários inferiores aos trabalhadores.

4.4.2 Eficácia da norma trabalhista no espaço

Quanto à *eficácia da norma trabalhista no espaço,* importa saber qual o *elemento de conexão*[36] eleito pela nossa ordem jurídica, para a identificação do território em que haverá de viger tal ou qual norma.

No âmbito interno, apenas as leis federais podem disciplinar a relação de trabalho (art. 22, I, da Constituição) e estas têm vigência em todo o território nacional. Interessa lembrar, porém, que temos normas autônomas, ressaindo entre estas o *regulamento de empresa*, com eficácia nos limites da organização empresarial a que concerne, e as *normas coletivas* (sentenças normativas, convenções e acordos coletivos de trabalho) que, por efeito da unicidade sindical prevista no art. 8º, II, da Constituição, tutelam somente os empregados que pertencem à categoria profissional envolvida na negociação coletiva que as fizera surgir, desde que trabalhem na *base territorial* do sindicato que representa os interesses dessa categoria.

---

[35] *Op. cit.*, p. 270.

[36] Segundo Irineu Strenger, referido por Mallet, elemento de conexão é o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico.

No âmbito externo, nem sempre é tão singela a tarefa de identificar o elemento de conexão e, por meio dele, qual o direito a regular a relação entre trabalhadores – brasileiros ou não – que são contratados em um país e prestam serviço em outro ou em diversos países. Qual a norma trabalhista a prevalecer? Aquela vigente no Brasil ou o direito estrangeiro? A técnica recorrente é a da *territorialidade* (princípio da *lex loci executionis*), consagrado inclusive na Súmula 207 do TST, *litteris:*

> A relação jurídica é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

Esse critério, que elege o local da execução do contrato, e não o da constituição deste, como elemento de conexão, está em desacordo com o artigo 9º da LICC[37], mas guarda conformidade com o art. 198 do Código Bustamante[38] e continuava prevalecendo em nosso país, como veio a decidir o Tribunal Superior do Trabalho, o Ministro Milton de Moura França como relator, a lembrar que "os direitos e obrigações trabalhistas são regidos pela lei do local em que são prestados os serviços – *lex loci executionis*, face ao contido nos artigos 17, da Lei de Introdução ao Código Civil e 198, do Código de Bustamante, verdadeiro Código de Direito Internacional Privado, vigente no Brasil, porque ratificado pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929"[39].

A Lei 11.962, de 2009, promoveu, contudo, mudança significativa na regra regente do elemento de conexão sob exame. Atendendo a tendência jurisprudencial que já se esboçava no sentido de universalizar a exceção que até então contemplava somente a atividade de engenharia, a mencionada lei alterou a redação da Lei 7.064/82 para estender a eficácia dessa lei a outras atividades. E o que havia de regra extraordinária na Lei 7.064/82? É que essa lei ressalvava, em relação aos trabalhadores contratados no Brasil que o fossem nesse setor de trabalho, a aplicação do princípio da territorialidade, além de estabelecer alguns direitos laborais compatíveis com a realidade do trabalhador migrante.

Com o novo texto atribuído à Lei 7.064/82 em 2009, todos os trabalhadores, não apenas os que se enquadram na atividade de engenharia, desde que domiciliados no Brasil e aqui contratados para prestar serviço (não transitório[40]) no exterior, ou para lá transferidos, beneficiam-se da regra exceptiva: "a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei (Lei 7.064/82), quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

A doutrina também relativiza o rigor do princípio *lex loci executionis* em pelo menos duas outras situações, a saber:

a) Em consonância com o art. 7º da LICC, a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. Em suma, não se deve perquirir o

---

[37] Art. 9º da LICC: "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem".
[38] Art. 198 do Código Bustamante: "Também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador".
[39] Revista LTr 61-10/1373.
[40] Art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.064/82 – Fica excluído do regime desta Lei o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias, desde que: a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade; b) receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial.

local da prestação de serviço, mas sim o domicílio, quando se quiser saber, *verbi gratia*, se o empregado tem ou não maioridade trabalhista.

b) É eficaz a norma trabalhista vigente no local onde o contrato é *normalmente executado*[41], ou, para outro segmento doutrinário, o direito vigente no país onde tem sede o empregador – ou ainda, como propõe Mallet[42], a lei *do local em que se encontrar o centro de direção econômica do grupo empregador* –, quando o empregado presta serviço transitório ou ocasional em vários países, o que se acentua no atual processo de formação de comunidades ou blocos econômicos, integrando países em profusão, na esteira da regionalização do mercado e do capital.

O direito do trabalho é assim. A multiplicidade dos seus centros de positivação, o pluralismo jurídico, impõe ao estudioso o desassombro de recorrer a norma jurídica de variada origem, em busca do direito mais benéfico ou na persecução do direito razoável. Desvendar a norma aplicável ao caso concreto, tirar-lhe o véu e a fazer eficaz, nem sempre se revela tarefa fácil. Para se desincumbir de tal ofício, a assimilação dos princípios do direito laboral será subsídio indispensável. A essa altura, contudo, aquele que se inicia na compreensão do direito laboral já nota as peculiaridades desse ramo do direito privado.

---

[41] Cf. MARANHÃO, Délio, em *Instituições de Direito do Trabalho.* Vol. I. São Paulo: Ed. Freitas Bastos, 1974, vol. I. p. 131.

[42] Revista LTr 62-03/333.

Atualizado em julho de 2010

5

PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 5.1 Conceito e funções do princípio. 5.2 Preeminência do princípio constitucional da dignidade (da pessoa) humana. 5.2.1 A importante contribuição do positivismo jurídico na conceituação da dignidade humana. 5.2.2 A adoção do princípio da dignidade na relação entre capital e trabalho. 5.3 Princípios especiais do direito do trabalho. 5.3.1 Princípio da proteção. 5.3.2 Princípio da irrenunciabilidade. 5.3.2.1. A indisponibilidade e a prescrição de pretensões trabalhistas. 5.3.3 Princípio da continuidade. 5.3.4 Princípio da primazia da realidade. 5.3.5 Princípio da razoabilidade. 5.3.6 Princípio da boa-fé. 5.3.7 Princípio da igualdade de tratamento. 5.3.8 Princípio da autodeterminação coletiva. 5.3.8.1 A autonomia coletiva e os princípios regentes da organização sindical. 5.3.8.2 A autodeterminação coletiva e a *flexibilização* do direito do trabalho. O princípio constitucional da proteção ao trabalhador.

5.1 Conceito e funções do princípio

A espécie humana investiga, sem cessar, a primeira forma de vida, prometendo explicar a evolução dos seres animados para formas atuais e aperfeiçoadas. Quando enaltece o tronco primitivo de que teria derivado, o homem quer não apenas revelar a razão de sua existência, mas justificar-se como peça qualificada de um ecossistema, afirmando-se como parte integrada a um todo. Extrai da incindibilidade do conjunto a imprescindibilidade do elemento.

Também a *norma* está, por gênese, integrada a um conjunto harmônico: o *ordenamento jurídico* ou *sistema normativo.* Essa harmonia entre as espécies normativas tem a precedência dos *princípios* como explicação mais lógica, pretensamente invencível. E a mesma interação, notada entre os seres vivos e a natureza, sucede entre a *norma* e o *sistema jurídico.*

Não é esta a hora ou a vez de identificarmos, na *teoria dos sistemas*, quais as possíveis características do sistema jurídico[2]. O que nos interessa agora, numa análise

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Conforme Bobbio, diverge-se sobre o sistema poder ser *dedutivo,* quando as normas derivam de princípios gerais; operando-se processo indutivo, quando extraímos os conceitos gerais a partir das normas, na *jurisprudência sistemática*; e aplicando-se enfim a teoria da compatibilidade, numa terceira e mais prestigiada opção, em que a existência de sistema pressupõe apenas a inexistência de normas antinômicas (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Tradução por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 75).

liminar, é enfatizar que o eventual contraste entre a regra legal e o princípio deverá implicar a ilegitimidade daquela ou a saturação deste, a necessidade de seu redimensionamento. O ideário que empresta harmonia às normas é enunciado, portanto, em postulados, que intitulamos *princípios.*

A essa altura, poder-se-á imaginar, com razão, que estamos retornando ao tema *fontes do direito,* em cuja abordagem tratamos do húmus social em que a norma teria nascimento, especialmente a norma trabalhista. Mas o nosso interlocutor haverá de fazer uma concessão e perceberá a necessidade de estudarmos, isoladamente, os princípios, se recordar, desde logo, que estavam eles a formar entre as *fontes materiais* e também em meio às *fontes formais* do direito laboral.

Alguns prosélitos da classificação que estamos a adotar (fontes materiais/fontes formais) enfatizam que os princípios têm função normativa (é norma generalíssima), mas não são propriamente fonte formal, porque esta, a exemplo da lei, é "uma norma desenvolvida em seu conteúdo e precisa em sua normatividade: acolhe e perfila os pressupostos de sua aplicação, determina com detalhe o seu mandato, estabelece possíveis exceções". A lição é de Gordillo Cañas[3], para quem o princípio, ao contrário da lei, "expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos valores jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como inconcreto em sua aplicação".

Mas é certo que os princípios denunciam os valores que imperam na ordem jurídica e por isso são fonte material desta. Não sendo fonte formal de direito, revestem-se, porém, da característica de ser *norma.* A um só tempo, inspiram o legislador e suprem a atividade legislativa.

Bem se vê, portanto, a importância dos *princípios* e assim se explica a atenção que se usa dedicar ao seu estudo. Num parêntese, é preciso frisar que se sustenta a *função normativa* dos princípios em outras searas do direito, não sendo esta uma orientação que anime, exclusivamente, os expoentes do direito do trabalho. Com tal ponto de vista, o constitucionalista Paulo Bonavides[4] transcreve a lição sempre luminosa de Bobbio, extraída da obra *Teoria dell' Ordinamento Giuridico*:

> Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras... Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles... Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso[5].

Tal peculiaridade dos princípios (são, a um só tempo, fontes materiais e normas de direito do trabalho), potencializa ainda uma característica que, regra geral, é-lhes inerente, qual seja: *a norma que provém do princípio permite que dela o princípio se*

---

[3] *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997. p. 262.
[4] *Op. cit.* p. 236.
[5] *Op. cit.* p. 158.

extraia. Há sempre essa via de mão-dupla que, a bem dizer, torna mais facilitada a tarefa de conferir a *legitimidade* que fará, quando presente, eficaz a norma trabalhista.

Essa dupla função dos princípios (*fonte material* e *norma*), com ênfase para os princípios especiais do direito laboral, precisa ser mais bem esclarecida e, com esse propósito, cabe lembrar que o artigo 8º da CLT refere os princípios como um dos métodos de auto-integração do ordenamento jurídico, quando falta a lei trabalhista ou o contrato e essa lacuna precisa ser colmatada. A ser assim, apenas quando a norma escrita não oferece a solução para o conflito estaríamos aptos a recorrer às fontes formais secundárias, apelando para os *princípios, principalmente do direito do trabalho.* Nessa mesma linha, a lição de Plá Rodriguez, para quem os princípios assim se definem:

> [...] linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos[6].

Todavia, há princípios que têm sede na Constituição, conforme veremos adiante. Em relação a esses princípios constitucionais, não se aplica o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, pois o conflito entre a norma maior e a regra legal inferior (*exempli gratia*, uma lei cujo preceito contrarie o postulado da isonomia, com matriz na Carta Magna) faz esta última ineficaz. Nessa hipótese de antinomia, é certo que o princípio constitucional não pode ser tratado como norma secundária.

Está assentado que os princípios funcionam como fontes materiais e normas gerais do direito do trabalho. Mas há uma terceira função, a que eles se prestam, com inegável importância: referimo-nos ao auxílio que dão os princípios ao operador da norma trabalhista, quando instado ele a interpretá-la. Essa *função interpretativa* será percebida, em seguida, quanto tratarmos do princípio da proteção.

Por ora, devemos sistematizar a matéria, a partir da carta constitucional, enlevando inicialmente a influência do princípio da dignidade humana na compreensão e aplicação de todo o direito do trabalho para, na sequência, e em boa parte inspirados na lição de Plá Rodriguez, passaremos a enumerar os *princípios especiais do direito do trabalho*, notadamente aqueles mais explorados pelos laboralistas que se dedicaram à *principiologia.*

5.2 Preeminência do princípio constitucional da dignidade (da pessoa) humana

A dignidade humana não é o único valor jurídico que, associando-se à realidade vivenciada pelos sujeitos da relação de trabalho, tem expressa referência no texto constitucional. Também se reporta a Constituição ao valor social do trabalho e, sempre que o faz, esforça-se por combiná-lo com a livre iniciativa e assim proclamar que a liberdade de empreendimento se legitima na exata medida em que se concilia com a função social que lhe é imanente. É o que se extrai, claramente, dos artigos 1º, III e 170 da Carta Magna.

O princípio da dignidade da pessoa humana igualmente não exaure a sua atuação no âmbito do direito laboral, pois interfere em setores variados da vida e do Direito. Mas, voltando os olhos à realidade dos que vivem um liame empregatício, uma

---

[6] RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho.* Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p 16.

tarefa deveras interessante seria a de identificar os direitos sociais que salvaguardariam, em qualquer sítio onde se realizasse o labor humano, as condições de trabalho mínimas, abaixo das quais não haveria trabalho digno. Estaríamos a contrastar a diversidade das pautas de direitos sociais com a necessária transcendentalidade de um atributo que é imanente ao gênero humano em qualquer atmosfera cultural, qual seja, a dignidade.

Embora se alardeie que *dignidade humana* é um conceito impreciso, um conceito aberto, importa apurar o seu significado próximo, a sua latitude conceitual, com vistas a identificar, na expressão jurídica, um conteúdo propriamente normativo. A dignidade humana não pode ser um programa de ação, pois é antes uma norma que aspira efetividade. E é assim, sobremodo, quando se pretende distinguir a dignidade *da pessoa* humana, atentando-se, então, para a parte da expressão que faz referência ao homem concreto e individual, à sua realidade idiossincrática, inextensível desde logo a toda a humanidade[7].

Ainda no plano semântico, nota-se que a palavra *dignidade* possui tríplice sentido, pois qualifica, à primeira vista, um modo de proceder e também a pessoa que assim procede: o sujeito é *digno* porque se comporta *dignamente*. O seu terceiro sentido – que nos interessa de imediato – não deriva de uma conduta, nem mesmo de um padrão de conduta, senão de uma qualidade inerente ao ente, homem ou mulher, não importando seu modo de conduzir-se. A dignidade da pessoa humana é, já agora, um pressuposto de qualquer conduta, um limite externo e de caráter tutelar imposto à ação que atinge o homem, que ao homem se refere.

Estende-se esse limite ao mundo potencial dos contratos, vale dizer, à esfera de liberdade – que tem, paradoxalmente, também a dignidade humana como fundamento. Talvez por isso, e com alguma fineza de espírito, Flauber nos teria provocado: "Que é, pois, a igualdade, se não a negação de toda liberdade, de toda superioridade e até da Natureza mesma?"[8].

Daí se depreende uma evidente correlação lógica: se a dignidade é uma qualificação comum a todos os seres humanos, a sua realização normativa terá sempre a igualdade como um pressuposto. As pessoas seriam *igualmente* dignas. É como se tivéssemos uma porção de humanidade que nos faria credores do mesmo tratamento, não obstante as nossas pontuais dessemelhanças. Nesse *bocado de gente* residiria nossa intangível dignidade, vale dizer, a dignidade da pessoa humana – que se reporta, ao dizer de Jorge Miranda, "a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta"[9].

A questão, uma vez mais, se renova: seria possível delimitar, *exempli gratia* por meio da enumeração dos direitos fundamentais, a parcela inviolável de direitos que nos conferiria identidade? Assim se referiu Boaventura Souza Santos:

---

[7] Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 169. O autor distingue em nota: "Da mesma maneira que não é o mesmo falar em *direitos do homem* e *direitos humanos*, não é exactamente o mesmo falar em *dignidade da pessoa humana* e *dignidade humana*. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa".

[8] *Apud* DOMÉNECH, Antoni. *El Eclipse de la Fraternidad.* Barcelona: Crítica, 2004, p. 27.

[9] *Op. cit.*, p. 168.

> Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.[10]

Com igual sentido, Bobbio adverte que "o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc"[11].

Como regra, as constituições de estados democráticos que se seguiram às de Querétaro e Weimar repousam na dignidade da pessoa humana a unidade de sentido e de valor que conferem ao sistema de direitos fundamentais nelas consagrado[12]. O art. 1º, III, da Constituição brasileira diz ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República. O desafio de atribuir conteúdo a esse princípio, tão caro às democracias garantistas, não se exaure, porém, nas elucubrações de uma aventura teórica, antes se justificando pela força normativa que qualifica os princípios constitucionais[13], exigindo-lhes um significado jurídico.

5.2.1 A importante contribuição do positivismo jurídico na conceituação da dignidade humana

É acertado dizer que o positivismo jurídico enfatiza a distinção entre *justiça* e *validade* da norma. Como ressalta Ferrajoli, ele próprio um expoente dessa vertente teórica, essa divergência – ou mesmo indiferença – entre a norma justa e a norma válida "não significa, em absoluto, que o Direito não incorpore valores ou princípios morais e não tenha, ao menos nesse sentido, alguma relação conceitual necessária com a Moral: o que seria absurdo, dado que todo sistema jurídico expressa pelo menos a Moral de seus legisladores, qualquer que seja esta"[14]. Ainda em conformidade com Ferrajoli, o positivismo jurídico se resolve em duas assertivas:

a) que a moralidade (ou a justiça), porventura presente em uma norma, não implica sua juridicidade (sua validade ou, de forma ainda mais genérica, sua pertinência a um sistema jurídico);

b) que a juridicidade (a validade) de uma norma não implica sua moralidade (sua justiça).

Bem entendido, estamos a nos ambientar no plano teórico do positivismo jurídico e especulando, em outra dimensão (dogmático-normativa), sobre o conteúdo de um

---

[10] *Apud* PIOVESAN, Flávia. *Discriminação. In* Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. Org. Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 336.

[11] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

[12] Cf. Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 166, reportando-se ao art. 1º da Constituição de Portugal e, em nota, também às constituições da Irlanda, da Alemanha, da Índia, da Venezuela, da Grécia, da Espanha, do Peru, da China, do Brasil, da Namíbia, da Colômbia, da Bulgária e de Cabo Verde, todas elas a prestigiar a dignidade da pessoa humana.

[13] Ver, entre outros: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 1982. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, cap. 8, *passim.*

[14] FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia.* Tradução para o espanhol de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12.

princípio, o da dignidade humana. Não nos interessa conjecturar sobre as características do direito positivo[15] (que é assunto afeto à teoria das normas), mas sim acerca do que significa aquele princípio, o da dignidade, segundo a análise positivista[16].

E não se há tratar, aqui, apenas do caráter formal das proposições ajustadas ao positivismo jurídico[17], pois, caso o propósito do presente ensaio fosse, assim e apenas, o de considerar um conceito abstrato de dignidade humana, satisfaria decerto o que se extrai de fascículo emblemático da encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII:

> A ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem, do qual Deus mesmo dispõe com grande reverência, nem colocar impedimentos de modo a impedir que ele alcance a vida eterna; pois, nem mesmo por livre arbítrio, o homem pode renunciar a ser tratado segundo sua natureza e aceitar a escravidão do espírito; porque não se trata de direitos cujo exercício seja livre, senão de deveres para com Deus que são absolutamente invioláveis.

Após afirmar que era impossível cumprir o desígnio (pregado pelos socialistas) de ver a todos, em uma sociedade civil, elevados ao mesmo nível, e reiterar Santo Tomás ao dizer que "a propriedade particular é um direito natural do homem: o exercício desse direito é coisa não apenas permitida, sobretudo a quem vive em sociedade, senão absolutamente necessária", Leão XIII insinua o possível significado da dignidade humana:

> Não é justo nem humano que se exija do homem tanto trabalho a ponto de fazê-lo, por excesso de fadiga, embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, limitada como a sua natureza, tem limites que não se podem superar. O exercício e o uso a aperfeiçoam, mas é preciso, de vez em quando, que se a suspenda para dar lugar ao repouso.

---

[15] Segundo Tércio Ferraz Junior, "direito positivo, podemos dizer genericamente, é o que vale em virtude de uma decisão e só por força de uma nova decisão pode ser revogado. O legalismo do século passado entendeu isto de modo restrito, reduzindo o direito à lei, enquanto norma posta pelo legislador. No direito atual, o alcance da positivação é muito maior" (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980, p. 41). O autor complementa: "*Decisão* é termo que tomamos num sentido lato, que ultrapassa os limites da decisão legislativa, abarcando, também, entre outras a decisão judiciária..."

[16] Ao diferenciá-lo da *hermenêutica jurídica* e do *realismo jurídico*, Dworkin (*apud* HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 247-250) observa que o positivismo jurídico "pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não jurídicos".

[17] Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 26) observa que o pensamento jurídico moderno tem a marca do *formalismo* e do *positivismo.* Mas o formalismo, cujas construções se apóiam em um discurso abstrato, é insuficiente para explicar o direito. Mesmo no plano abstrato, o direito é um produto histórico-cultural, que não pode ser completamente abarcado por explicações lógicas ou racionais. Quanto ao positivismo, que tem a recusa a qualquer referência metafísica como postulado básico, diz-se que a) não admite ele a existência de lacunas e estas existem no sistema jurídico; b) encontra dificuldades insuperáveis para explicar os *conceitos indeterminados*, as *normas penais em branco* e as proposições carentes de preenchimento com valorações, caindo em discricionariedade que se converte em arbítrio do juiz; c) é enfim inoperante diante dos conflitos entre princípios, remetendo a sua solução à discricionariedade do juiz ou negando o caráter normativo dos princípios; d) não tem como tratar da *legitimidade* do direito e, por isso, a legalidade ocupa o lugar desta no seu quadro.

A dignidade da pessoa humana estaria malferida sempre que o limite razoável de fadiga, abstratamente considerado, fosse excedido para o homem ou a mulher que estivessem a prestar trabalho. Mas esse significado, sendo embora formal (porque abstrato), não poderia ser adotado pela teoria positivista enquanto não fossem superados dois obstáculos: a) a sua inspiração mística ou religiosa (assim é porque Deus não tolera a fadiga e somente por isso, ou isso basta); b) a existência, em uma análise *a priori*, de trabalho que se revelaria indigno sem o componente da fadiga, a exemplo daquele que se realiza em tenra idade, ou sob ameaça física ou moral, ou ainda a envolver o comércio do corpo humano, ou enfim a implicar, de algum modo, a degradação da pessoa que trabalha.

Parece-nos, então, que a melhor – e não por acaso a mais festejada – contribuição do positivismo jurídico, a respeito do sentido de dignidade da pessoa humana, teria sido legado por Kant, o filósofo setecentista que iluminou o mundo da razão a partir de Königsberg[18]. É evidente que Kant não podia ambientar o seu conceito de dignidade sob a perspectiva do direito social, inclusive porque seguia Rousseau – a quem reverenciava como "o Newton da moral" – e concebia a constituição da sociedade civil a partir da vontade geral: a expressão da *consciência pura de cada indivíduo*, voz interior autônoma que Rousseau supõe idêntica para todos[19]. Gurvitch explica:

> Se todo direito tem como fundamento último a vontade geral, que não é outra coisa senão um ingrediente imanente à consciência individual, e se toda possibilidade de fazê-la triunfar reside na instituição de uma relação contratual, todo direito se reduz unicamente ao direito individual.[20]

Mas, como Rousseau, também Kant dizia ser a dignidade moral indissociável da pessoa humana, dotada de razão e de vontade livre, sem que mais nenhum outro ser vivente o seja. Dignidade, assim, é "o atributo de um ser racional que não obedece a nenhuma outra lei senão a que ele mesmo se dá"[21]. Nesse contexto, Kant distingue entre aquilo que tem preço e o que tem dignidade:

> No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outro como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo preço e, portanto, não tem equivalente, então ela tem dignidade[22].

Ora, se o homem é o único ser racional e pode fixar fins para si próprio, deverá ele, assim abstratamente considerado, ser o fim *em si mesmo* de toda intervenção humana: "a pessoa não pode ser tratada (por outra pessoa ou por si mesma) meramente como um meio, se não que tem que ser, em todo momento, utilizada como fim; nisso consiste a sua

---

[18] A pequena cidade em que nasceu e viveu (1724-1804), sem dela jamais ter saído.

[19] A *vontade geral* não se opõe à vontade individual (pois seria a vontade individual comum a todos), mas sim à vontade particular (que variaria de indivíduo a indivíduo). Rousseau esclarece: "Que a vontade geral seja em cada indivíduo um ato puro do entendimento que prevalece no silêncio das paixões, (...) ninguém ponha em dúvida". *Apud* GURVITCH, Georges. *La Idea del Derecho Social*. Tradução para o espanhol de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto. Granada: Calmares, 2005, p. 289.

[20] *Op. cit.*, p. 292.

[21] Kant, em Metafísica dos Costumes, *apud* HOERSTER, Norbert. *En Defensa del Positivismo Jurídico.* Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000, p. 92.

[22] Kant, *apud* Miranda, *op. cit.*, p. 169. Ou *apud* Hoerster, *op. cit.*, p. 92, ambos a transcrever excerto de Metafísica dos Costumes.

dignidade"[23]. E quando estaria o homem a ferir a dignidade de outra pessoa, por impor-lhe conduta em que essa pessoa seria considerada um meio, não um fim?

Que nos valhamos, inicialmente, dos exemplos que outros teóricos, debruçados sobre a proposição kantiana, já esboçaram. Starck, citado por Hoerster[24], enumera as seguintes hipóteses de ações que estariam a violar o princípio da dignidade humana, por não cogitarem do homem como um fim:

- algumas sanções estatais como a pena de morte, a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade intercorrente (por meio de indulto, por exemplo), as penas cruéis como a tortura e a prisão em célula "solitária" por tempo prolongado, sem contato com outras pessoas;
- determinados métodos de interrogatório em processo penal, como o uso de narcóticos, o detector de mentiras, o hipnotismo e a tortura;
- a negação de audiência judicial.

Mas Starck também se refere a hipóteses em que a dignidade humana não seria atingida por medida estatal, mas sim por ação de outros indivíduos, devendo a dignidade do lesado ser protegida eficazmente pelo Estado, inclusive mediante a incursão do autor em normas penais. Os exemplos seriam os seguintes:

- ataques à vida ou à honra;
- incitação ao ódio, a medidas violentas ou arbitrárias contra indivíduos ou grupos.

A partir da mesma concepção kantiana do princípio da dignidade humana, Jorge Miranda[25] indica preceitos da Constituição portuguesa que impedem seja o homem tratado como meio. O constitucionalista da Universidade de Lisboa inclui casos afetos também aos direitos sociais, cabendo transcrever alguns desses exemplos:

- a garantia da integridade pessoal contra a tortura e as penas cruéis, degradantes ou desumanas (art. 25), inclusive em processo penal (art. 32);
- os direitos à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26, nº 1);
- as garantias contra a utilização abusiva de informações relativas às pessoas e famílias (arts. 26, nº 2 e 35);
- a direito de resposta e retificação na imprensa (art. 37, nº 4);
- a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 67, nº 4);

[23] Kant, a*pud* Hoerster, *op. cit.*, p. 92.
[24] *Op. cit.*, p. 93.
[25] *Op. cit.*, p. 16

- o direito de habitação que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (art. 65, nº 1);
- a proteção da família para a realização pessoal de seus membros (art. 67, nº 1).

5.2.2 A adoção do princípio da dignidade na relação entre capital e trabalho

No mundo do trabalho, a justificação dos direitos sociais de índole trabalhista a partir da premissa de que o homem não deve prestar o seu labor em condições que o façam somente vegetar, ou que o tornem um mero instrumento de prazer ou cobiça, pode ser aclarada com base em remissões várias, a saber:

- a proibição de trabalho além da periodicidade diária e/ou semanal que permite ao empregado usar o salário para prover sua alimentação, moradia, descanso, lazer etc.;
- a proibição de despedida arbitrária, pois esse modo de dispensar o empregado implica considerar o valor social do trabalho como um postulado menos relevante que o da livre iniciativa, *instrumentalizando* o trabalhador;
- a garantia de salário que assegure a satisfação das necessidades vitais do trabalhador e de sua família, sendo esse o fim a ser alcançado;
- a garantia de trabalho sem risco, a qual pode ser extraída das normas que impõem sanção jurídica para a hipótese de acidente de trabalho;
- a proibição de trabalho insalubre ou perigoso (os quais conduziriam o empregado a enfermidade ou morte), de novo subtraindo-lhe o interesse de trabalhar para proporcionar a si e a aos seus a provisão de bens que lhes proporcionem felicidade;
- a proibição de trabalho infantil em circunstâncias que inviabilizem a sua formação acadêmica, moral e física;
- a adoção de sistema de revista de trabalhadores que exponha a intimidade destes, sobretudo quando se distinguem os meios de segurança patrimonial aplicados aos empregados e à clientela.

A dificuldade de encontrar o *mínimo existencial* que asseguraria uma vida digna e, no particular, um trabalho digno reclama, evidentemente, uma atuação discricionária dos que promovem ou atuam o direito, dos seus intérpretes enfim. Ademais, a resignação ou a anuência do trabalhador que é aviltado em sua condição humana não interfere na qualificação da conduta patronal, cabendo lembrar, pelo seu apelo ilustrativo, trecho da obra de Ingo Sarlet[26] em que ele faz referência a "polêmica decisão do Conselho de Estado da França, que considerou correta a decisão do prefeito da comuna de Morsang-sur-Orge,

[26] SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 112.

ao determinar a interdição de estabelecimento (casa de diversão) que promovia espetáculos nos quais os espectadores eram convidados a lançar um anão o mais longe possível, de um lado a outro do estabelecimento. Para o Conselho do Estado [...] estes 'campeonatos de anões' não poderiam ser tolerados por constituírem ofensa à dignidade da pessoa humana, considerando esta (pela primeira vez no direito francês) como elemento integrante da ordem pública, sendo irrelevante a voluntária participação dos anões no espetáculo, já que a dignidade constitui bem fora do comércio e é irrenunciável".

Mas voltemos à formulação kantiana para explorar a concepção de que o uso da energia de trabalho apenas como um meio, sem atentar para a condição humana de quem realiza o labor, revelaria a inobservância do postulado da dignidade.

Em dado momento, Hoerster, professor de filosofia do direito na universidade de Manguncia, especula sobre exemplo curioso, que ele mesmo formula: "suponhamos que viajo em um táxi: uso o taxista?" O questionamento é intrigante, pois importa decidir se a utilização do taxista e de seus serviços apenas como um meio para o filósofo chegar ao seu destino (alcançando o seu fim pessoal) significaria uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ou se seria válido, como pareceu a Hoerster, argumentar que não se estaria a utilizar o taxista *meramente* como um meio uma vez que ele, o taxista, também estaria interessado em promover o deslocamento do filósofo e este lhe pagaria o preço ajustado ou o habitual.

Outro seria o caso, pondera Hoerster[27], se de antemão ele tivesse o plano – e também o realizasse – de estafar o taxista, não lhe pagando a tarifa cobrada pela viagem. E também não se haverá de contrapor o princípio da dignidade da pessoa humana à ação que vise coibir uma ação ilegítima, ainda que o sentido de *legitimidade* nos transporte para outra discussão de fôlego, qual seja, a de confundi-la com legalidade (como propõem Kelsen e outros teóricos positivistas) ou a de deixá-la permear por algum juízo de valor.

Ilustrando essa possibilidade de se confrontarem a repressão contra o ato ilícito e a dignidade da pessoa humana, Hoerster[28] lembra a ação de vítima contumaz de furtos instalar um sistema de alarme que permita flagrar o agente do delito, este compreendido como *meio* da investigação. Na perspectiva de quem pretende aplicar essas considerações teóricas ao mundo do trabalho, poderíamos lembrar o *flagrante preparado* de prestação laboral que consista na exploração de "jogo do bicho" e ponderar, ainda com Hoerster, que "o princípio da dignidade humana proíbe frustrar a livre autodeterminação humana (o furto ou, no nosso exemplo, o trabalho capitulado como contravenção penal) *na medida em que esta é eticamente legítima*"[29]. Bem entendido, legítima seria a ação humana em abstrato, não a ação específica de furtar ou praticar contravenção penal.

O problema se resolveria com a exigência de que a licitude da ação humana seria um pressuposto para a dignidade do trabalho que por ela se desenvolvesse. E então se abre, mesmo para Norbert Hoerster, uma fissura no conceito puramente formal até aqui desenvolvido: "se o princípio da dignidade humana (...) somente pode ser sensatamente entendido no sentido que implica *proteger as formas legítimas da autodeterminação humana,* então é inevitável que a aplicação desse princípio esteja vinculada a um juízo

[27] *Op. cit.*, p. 94.
[28] *Op. cit.*, p. 95.
[29] *Op. cit.*, p. 96.

valorativo moral"[30]. É que nem sempre a ilicitude se esgota na transgressão à lei, por vezes se configurando na ação que, embora socialmente reprovável, não está descrita em tipo penal algum.

O formalismo e o individualismo de Kant sempre despertaram a crítica de outros grandes pensadores[31], mas convém não desprezar a elaboração, embasada em sua obra, de um conteúdo jurídico para o princípio da dignidade da pessoa humana. Importa perceber que o significado assim atribuído a esse princípio tem rica aplicação no âmbito do direito trabalhista, pois é *causa primeira* da tutela dos direitos sociais. Ainda mais quando esse seu conteúdo jurídico se reveste de força normativa, a exemplo do que sucede a todos os princípios constitucionais.

A dignidade da pessoa humana é conceito que não se reporta ao sentido de dignidade vinculado ao modo de ser de uma conduta ou do agente (conduta *digna* de pessoa *digna*), mas é uma qualidade que precede e limita qualquer ação humana. Portanto, se a dignidade é uma qualificação comum a todos os seres humanos, a sua realização normativa terá sempre a igualdade como pressuposto.

A evolução do conceito, a ponto de o princípio correlato ganhar a preferência dos Estados democráticos na decisão sobre o que haveria de dar unidade de sentido e valor aos seus sistemas de direitos fundamentais, não pode prescindir, ainda hoje, do significado que lhe deve ser atribuído a partir da distinção kantiana entre as coisas que têm preço e aquelas que, não podendo ser substituídas pelo equivalente, possuem dignidade. A razão e a vontade livre de que somente o homem é possuidor impediriam que as intervenções humanas não tivessem a pessoa como fim, tendo-a apenas como meio.

Sob tais premissas, a sentença de Kant é definitiva: "a pessoa não pode ser tratada (por outra pessoa ou por si mesma) meramente como um meio, se não que tem que ser, em todo momento, utilizada como fim; nisso consiste a sua dignidade". No mundo do trabalho, é possível reportar-se, conforme sobrevisto, a vários direitos sociais de índole trabalhista que se justificam na premissa kantiana.

5.3 Princípios especiais do direito do trabalho

É tradição, no direito do trabalho, seguir o modo como Plá Rodriguez sistematizou os princípios especiais desse ramo especial do direito privado. Ao seu modo de abordar o tema acrescemos somente a alusão aos postulados constitucionais e, dentre eles, a autonomia coletiva, com o objetivo de conferir-lhe atualidade. Nesse panorama, os princípios especiais de direito do trabalho são os seguintes:

I) *Princípio da proteção;*

---

[30] Cf. Hoerster, *op. cit.*, p. 96.

[31] Arthur Schopenhauer (*apud* Hoerster, *op. cit.*, p. 91) opôs: "Essa frase tão infatigavelmente repetida por todos os kantianos: 'há que tratar sempre a pessoa como um fim e nunca como um meio' soa certamente importante e, por isso, é sumamente adequada para todos aqueles que desejam ter uma fórmula que os libere de todo pensamento; porém, vista com clareza, é uma expressão sumamente vaga, imprecisa, que aponta muito indiretamente a sua intenção e que, para cada caso de sua aplicação, requer previamente uma explicação, precisão e modificação especial; mas é geralmente insuficiente, diz pouco e, ademais, é problemática". A seu turno, Proudhon (*apud* Gurvitch, *op. cit.*, p. 370) se sentia distanciado de Kant "pelo caráter abstrato de seu idealismo, pela ausência do ponto de vista ideo-realista, por seu individualismo e seu *nominalismo* a respeito do ser social, pela falta de reflexão sobre a totalidade e a ordem".

II) *Princípio da irrenunciabilidade;*
III) *Princípio da continuidade;*
IV) *Princípio da primazia da realidade;*
V) *Princípio da razoabilidade;*
VI) *Princípio da boa-fé;*
VII) *Princípio da igualdade de tratamento;*
VIII) *Princípio da autodeterminação coletiva*.

5.3.1 Princípio da proteção

O direito civil, ou sua versão mais vetusta, tem a igualdade como pressuposto. Imaginam-se pessoas que, por estarem em igual condição, podem instituir *contratos* entre si e, nestes, ajustar o que manifesta mais claramente a vontade de cada qual. O direito do trabalho, como já se percebeu, parte de pressuposto diverso: a desigualdade entre os contratantes. Por isso, relativiza o *princípio da autonomia da vontade individual*, que inspira o direito obrigacional comum e, para compensar a inferioridade econômica do empregado, estende-lhe uma *rede de proteção*, um rol de direitos mínimos e indisponíveis que asseguram a dignidade do trabalhador (dir-se-ia: do trabalho humano). Como afirma Couture, em remissão feita por Plá Rodriguez, "o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades".

As contituições republicanas vêm ressaltando essa tendência protecionista, quando incluem entre os direitos fundamentais *os direitos sociais do trabalhador*. Embora fosse maior tal preocupação no constituinte de 1988, é certo que, ao comentar o texto da Carta Política de 1967, já observava Pontes de Miranda[32]:

> A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O Direito que em parte as fez pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência à maior igualdade econômica que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades.

Em três momentos se revela, mais claramente, o princípio da proteção. Estamos a cuidar, nesse passo, das seguintes técnicas (ou princípios derivados, como prefere parte da doutrina):

a) a regra *in dubio pro operario*
b) a norma mais favorável
c) a condição mais benéfica

Sobre a regra *in dubio pro operario*, devemos frisar que se trata de técnica de interpretação: quando a norma permite interpretação dúbia ou mais de uma interpretação, deve prevalecer aquela que aproveita ao trabalhador. É importante relembrar que o direito do trabalho surgiu como uma técnica de proteção ao obreiro que, por ser economicamente hipossuficiente, estava por ajustar condições indignas de trabalho, aviltantes para o ser humano. Em princípio, toda norma trabalhista parte desse mesmo pressuposto e, se mais de um sentido lhe couber, é de preferir-se aquele que justifica a sua existência, ou seja, privilegia-se a exegese que se mostra apta a oferecer uma condição mais justa de trabalho.

---

[32] *in Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1/69*. T. IV, p. 689.

Quando enfatizamos estar versando sobre *regra de interpretação* é porque rejeitamos o uso, que a jurisdição trabalhista emprestou outrora à técnica *in dubio pro operario,* dizendo-a aplicável quando, no processo do trabalho, os elementos de prova produzidos por empregado e empregador apresentassem igual grau de convencimento. A orientação doutrinária e pretoriana, hoje prevalecente, consagra, ao revés, a regra de distribuição da carga probatória, como solução para o hipotético conflito, na consciência do julgador, à hora de valorar a prova. A dúvida sobre qual das partes produziu elemento de prova mais convincente não poderá beneficiar, necessariamente, ao empregado. Se couber ao empregado o *onus probandi*, deverá o mesmo se desvencilhar eficientemente do encargo, sob pena de ver sucumbir a sua pretensão. E o meio de prova eficaz é aquele que convence, tem força de persuasão, numa análise rigorosamente subjetiva.

A técnica da *norma mais favorável* é de utilização frequente, aplicando-se, já agora, quando normas trabalhistas estão em aparente conflito. No direito comum, observa-se a hierarquia das normas, predisposta em forma piramidal. A partir da Constituição (que teria validade, segundo Kelsen, assegurada em norma pressuposta, a *norma fundamental*), as normas de escalão inferior teriam uma norma de escalão superior a fixar a autoridade legisladora ou a *forma* a ser observada por esta norma infra-ordenada. A norma supra-ordenada, ainda em consonância com as lições de Hans Kelsen, seria então o *fundamento de validade* da norma abaixo escalonada - a Constituição em relação às leis ou *normas gerais*, estas em relação às sentenças ou *normas individuais*.

Logo, o conflito entre normas, no direito comum, é sempre aparente, resolvendo-se pela supremacia da norma acima escalonada ou, em se tratando de normas com igual hierarquia, aplicando-se o princípio *lex posterior derogat priori.* O direito do trabalho, por seu turno, é composto por normas que asseguram um mínimo de proteção ao trabalhador, não se adotando essas técnicas, oriundas do positivismo jurídico, quando há dúvida sobre qual a norma trabalhista a ser aplicada. Nesses casos, aplica-se a norma *mais favorável,* aquela que apresenta a conquista mais significativa do conjunto de trabalhadores.

O artigo 7º da Constituição enuncia tal regra, ao prever que aos direitos sociais ali elencados se somarão *outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais.* A partir de tal preceito, todo o sistema jurídico-trabalhista, seja no plano constitucional ou mesmo legal, dispõe sobre o conteúdo mínimo do contrato de emprego, reservando a outras normas ou mesmo cláusulas contratuais a tarefa de alargar a proteção do trabalhador subordinado. Ao mercado cabe estabelecer os limites que suportará na consecução desse propósito de expandir a tutela. A pretensão expansionista, no sentido da proteção sempre maior, importa, em contraface e por definição, a vedação do retrocesso.

É relevante, portanto, o aspecto de o princípio da proteção ser princípio constitucional. Mas a *norma trabalhista* é elaborada, muita vez, em vista de uma realidade social particularizada ou, quando provém do Estado, abstrai de certas peculiaridades do labor desenvolvido por alguns de seus destinatários, em tal ou qual empresa. Por exemplo: A convenção coletiva que estatui férias por um *período* maior pode prever a *remuneração* destas em valor menor, quando confrontada com um acordo coletivo de trabalho. Como identificar, em hipótese assim descrita, qual a *norma mais favorável?*

A merecer registro, há três correntes teóricas a propósito do método ideal para a indicação dessa norma prevalente, a saber:

a) a *teoria atomista ou da acumulação*, que implica, ensina Ruprecht[33], "se tome de cada norma o que é mais conveniente ao trabalhador, fracionando dessa maneira as leis para buscar em cada uma o mais favorável";

b) a *teoria do conjunto ou do conglobamento*, a mais correta segundo o citado laboralista, vez que pressupõe ter "a norma um conteúdo unitário, pelo qual não é possível tomar preceitos de outra que não foram considerados ao serem estabelecidos";

c) a *teoria orgânica ou da incindibilidade dos institutos*, igualmente explicada pelo autor argentino, como "uma forma da teoria da conglobação, porém mais moderada. Por ela, toma-se o conjunto de cláusulas referentes a cada instituto previsto pela norma. De maneira que, se um instituto é mais favorável numa determinada lei, é tomado em seu conjunto; mas se outro instituto também previsto na dita lei é menos benéfico que o que determina outra norma jurídica, toma-se este último".

Greco, citado por Ruprecht[34], critica a teoria da acumulação e argumenta, com razão, que aceitá-la significaria adotar "um critério de sabor eminentemente demagógico que, especialmente no caso da convenção coletiva, rompe a unidade da disciplina sindical da relação de trabalho e viola a harmonia, o equilíbrio e a vinculação orgânica entre as distintas condições estabelecidas em convenções".

Parece claro que a teoria da incindibilidade dos institutos vem a ser mero aperfeiçoamento da teoria do conjunto ou do conglobamento e é a preferida pela maioria dos autores, à expressão de Américo Plá Rodriguez[35], *verbis:* "O conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior. Mas não se pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito". Em verdade, os intérpretes e agentes do direito do trabalho reportam-se genericamente ao conglobamento quando aplicam a regra da incindibilidade dos institutos, fazendo dela, com razão, uma modalidade daquele.

Adotando-se, assim, a teoria do conjunto ou conglobamento, na sua modalidade que preconiza a incindibilidade dos institutos, identifica-se qual a norma mais favorável em relação a *férias* e quanto a este instituto jurídico se aplicará somente a norma escolhida. Outra norma poderá prevalecer no tocante ao *13º salário* e ao *repouso semanal*, mas quanto a esses outros institutos apenas essa outra norma terá eficácia, assim por diante...

As três teorias são inadequadas, porém, quando o conflito se apresenta entre normas vigentes em países diversos. Tal conflito haverá de ser dirimido pelo princípio da territorialidade ou em conformidade com os elementos de conexão cogitados no capítulo precedente. Por isso e ao comentar a Súmula 207 do TST, Francisco Antônio de Oliveira, secundando Délio Maranhão, transcreve a pertinente orientação de Ernesto Krotoschin:

---

[33] RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo : LTr, 1995. p. 24.
[34] *Op. cit.* p. 25.
[35] *Op. cit.* p. 60.

> A primazia do direito mais favorável deve limitar-se ao mesmo ordenamento jurídico, não sendo admissível sua extensão ao terreno internacional, porque, nessa hipótese, ver-se-ia o juiz, muitas vezes, ante a dificuldade, praticamente insuperável, de determinar qual dos ordenamentos, considerados em conjunto, o mais favorável, já que não seria possível submeter uma só relação jurídica a direitos distintos[36].

Tal entendimento, que grassa majoritário em meio à doutrina, poderá ser revisto, pensamos, na hipótese de se disseminar a prática do *dumping social*, efeito deletério da globalização da economia sobre o custo trabalhista das empresas transnacionais – menos por injunções da classe obreira, mas sobremodo por pressão dos provedores do capital, acaso prejudicados.

A regra da *condição mais benéfica* pressupõe a sucessão de normas trabalhistas, expressando o respeito ao *direito adquirido* no direito laboral. Já não mais se apresentam normas que vigoram simultaneamente, mas uma norma que passa a viger em detrimento de outra anterior, com conteúdo diverso. Aplica-se, entre nós e do mesmo modo como sucede quando as normas têm vigência concomitante, a condição mais benéfica. Essa orientação fez surgir, a propósito da sucessão de *regulamentos de empresa* às vezes ocorrente, a Súmula 51 do TST: "As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento".

Tal regra é polêmica quando se está a discernir sobre a ultra-atividade das normas coletivas de trabalho (sentenças normativas, convenções ou acordos coletivos de trabalho), ou seja, perquire-se quanto a sobreviger, por exemplo, a convenção coletiva anterior quando se esgotou o seu prazo de vigência, fixado em uma de suas cláusulas (a cláusula de vigência é uma imposição do artigo 614, §3º, da CLT). Essa sobrevigência não tem prevalecido ante a orientação jurisprudencial consagrada na Súmula 277 do TST, que limita a eficácia das convenções e acordos coletivos, não apenas das sentenças normativas, ao seu respectivo período de vigência.

A nossa impressão é a de que a Súmula 277 do TST trata de tema vexatório, pois a atual Constituição Federal valorizou os processos de negociação coletiva, enaltecendo a necessária observância das convenções e acordos coletivos de trabalho (artigo 7º, XXVI). Com absoluta coerência, prescreve uma limitação ao poder normativo da Justiça do Trabalho, em seu artigo 114, §2º.: "Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as *convencionadas* anteriormente"[37].

---

[36] OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Comentários aos Enunciados do TST*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 531.

[37] Sem itálico no original. Na redação original desse dispositivo, nele se lia: "Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, *respeitadas as disposições convencionais* e legais mínimas de proteção ao trabalho". Na redação que lhe deu a Emenda Constitucional 45/2004, o artigo 114, §2º manteve a regra da ultra-atividade das normas coletivas, conforme se vê no texto acima.

Se a sentença normativa não pode reduzir ou suprimir conquistas obreiras asseguradas mediante convenção ou acordo coletivo, infere-se que essas normas coletivas são as que já tiveram exaurido o seu período de vigência, ou seja, aquelas que vigoravam até a última data-base, pois se elas ainda estivessem vigorando decerto não seria instaurado o dissídio coletivo. E, se a sentença normativa não pode infringir o conteúdo das convenções e acordos coletivos de trabalho, induz-se que esse conteúdo subsiste, obviamente subsiste.

Logo, as melhores condições de trabalho asseguradas em convenção coletiva anterior não poderiam ser suprimidas mediante ação normativa do Estado (Poder Judiciário), ou melhor, somente uma nova convenção coletiva, nunca uma sentença normativa, poderia reduzir direitos consagrados em convenção coletiva anterior. Ives Gandra Martins Filho[38] já endossava essa orientação, nominava os membros do Tribunal Superior do Trabalho e festejados laboralistas que a perfilhavam, com base em artigos doutrinários que fizeram publicar, enfatizando, por derradeiro, a necessidade, externada em acórdão da mencionada corte trabalhista, de "as denominadas conquistas da categoria, decorrentes de acordos coletivos, convenções coletivas ou decisões normativas anteriores, para que possam ser apreciadas, devem ser especificadas uma a uma, como as demais cláusulas da representação, sob pena de julgar-se inepto o pedido a respeito"[39].

Irresistível é rematar que o entendimento contrário somente avultaria a posição desconfortável do trabalhador brasileiro, no início do terceiro milênio: inviabilizando-se a conquista de condições mais justas de trabalho através do dissídio coletivo e se negando a sobrevigência das conquistas obtidas em conflitos coletivos precedentes, estar-se-ia estimulando o empregador à resistência, pura e simples.

Curiosamente e de modo pouco explicado, a Medida Provisória n. 1540-31/97 derrogou o §1º do artigo 1º da Lei 8542/92 que, dispondo sobre *política nacional de salários*, prescrevia: "As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos e trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho". Se a intenção era retirar a expressão *contrato coletivo* (vez que não vingara o novo instrumento de negociação), poderia ter dado nova redação ao dispositivo, mas sem extirpá-lo do mundo jurídico – até porque a regra subsistia e era esclarecedora quanto à sobrevigência das demais normas coletivas, fazendo repercutir o preceito constitucional.

5.3.2 Princípio da irrenunciabilidade

Ao nada conduziria a fixação de salário e de jornada mínima, através de norma trabalhista, se aos sujeitos da relação de emprego fosse permitido ajustar aquele ou esta em dimensão menor. A impossibilidade de o empregado dispor do direito trabalhista é inerente, pois, à natureza deste, guarda pertinência com a *ratio legis.* Definida por Plá Rodriguez, a *irrenunciabilidade* vem a ser "a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em proveito próprio".

Essa *irrenunciabilidade* é referida, às vezes, como *indisponibilidade* ou *imperatividade.* O caráter *imperativo* não é o da norma, porque toda norma o tem (enquanto

[38] MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 45.
[39] TST-RO-DC 90551/93.4, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJU de 27.10.94, p. 29266.

ordem), mas concerne à peculiaridade de ser inderrogável (*jus cogens*) a norma trabalhista. Ao cogitar de *indisponibilidade*, parte da doutrina mantém a sua atenção voltada para a essência do princípio, porém lhe empresta maior amplitude, já que o direito *indisponível* não é apenas *irrenunciável*, mas igualmente insusceptível de ser objeto de *transação*.

Renúncia e *transação* não se confundem mesmo. Aquela consiste em ato unilateral de disposição de direito incontroverso; esta, em ato bilateral que comporta o eventual sacrifício ou privação de direito controvertido. A controvérsia pode residir na existência do direito ou na ocorrência de seu fato gerador – dúvida haveria, por exemplo, sobre o direito a certo padrão salarial ou acerca de ter havido a prestação de trabalho que daria ensejo à remuneração.

A distinção entre renúncia e transação pode ser mais bem percebida nos processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho. Nestes, as partes são induzidas, sempre que possível, à conciliação, dada a natureza alimentar das prestações supostamente devidas pelo empregador ou, num pleonasmo, a premência de se prover alimentos. Ainda assim, o juiz deve recusar a homologação da proposta de acordo que importe renúncia, ante a certeza do direito e de seu fato gerador. Quando há incerteza sobre o direito ou quanto ao fato que o gera, opera-se a transação válida, apta a pôr fim ao litígio.

Há mais, a propósito do princípio que ora analisamos: é bom ver que a mencionada *indisponibilidade* não tem o *vício de consentimento* como pressuposto necessário. Se pudéssemos imaginar que o direito do trabalho seria indisponível porque a vontade do empregado estaria *presumidamente* viciada, restaria sempre a opção da prova em contrário e, nesse caso, ressurgiria a eficácia dos contratos que malferissem os princípios que encerram a dignidade do trabalho humano.

Assim, interessa perceber que o empregado não precisará provar que aceitara tal ou qual condição de trabalho porque cerceada a sua vontade, como ocorre em contratos paritários, no direito comum. No contrato trabalhista, a cláusula que previr aquém da garantia normativa é automaticamente substituída por esta garantia: a *cláusula legal* substitui a *cláusula contratual*.

5.3.2.1. A indisponibilidade e a prescrição de pretensões trabalhistas

A prescrição extintiva ou liberatória significa a inexigibilidade da *pretensão* quando o seu titular deixa escoar-se o prazo, estabelecido em lei, para deduzi-la em juízo. Difere da *decadência* porque o prazo previsto para esta inibe a constituição do direito, enquanto o implemento do prazo prescricional, sendo suscitado pelo devedor em processo judicial, inviabiliza o exercício do direito preexistente (mediante ação condenatória).

Como são raros os direitos trabalhistas cujo nascimento depende de ação constitutiva[40], maior relevância tem, em nosso estudo, a *prescrição trabalhista*, especialmente aquela fundada no artigo 7º, XXIX, da Constituição, que, entre os direitos sociais do trabalhador urbano ou rural, prevê:

---

[40] Exemplo, talvez singular, de prazo decadencial em direito do trabalho é aquele corre contra o direito de o empregador ajuizar inquérito para apuração de falta grave cometida por empregado estável, em alguns casos de estabilidade. Em rigor, quando se afirma que o prazo decadencial flui contra a constituição do direito, diz-se em gênero, incluindo-se os casos de alteração ou desconstituição da relação jurídica. Este livro se encerra com capítulo destinado ao exame da estabilidade, sendo a matéria, ali, melhor analisada.

> [...] ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

A essa altura, poderia questionar-se o estudioso da ciência jurídica: não seria a *prescrição trabalhista*, sob o enfoque prático, a *renúncia tácita* de um direito *irrenunciável?* Se o direito trabalhista é indisponível e a sua inobservância faz nula a cláusula ou alteração contratual infringente, como compatibilizar a *prescrição trabalhista* com o axioma universal de que *contra ato nulo o direito não prescreve?* Duas regras são, aqui, inolvidáveis:

I. A primeira regra é atinente ao aspecto de esses direitos imprescritíveis não impedirem a prescrição das prestações pecuniárias correspondentes. Por exemplo, o direito a alimentos é imprescritível, mas a pretensão para haver prestação alimentícia prescrevia em cinco anos[41] e passa a prescrever em dois anos[42];

II. A segunda regra tem a ver com o grau de indisponibilidade que, a depender da origem, o direito trabalhista ostenta. Em vista disso, os juslaboralistas usam diferenciar a *prescrição parcial* (que alcança apenas as prestações exigíveis antes do prazo extintivo) da *prescrição total* (que atinge todas as prestações, inclusive aquelas com exigibilidade recente, caso a lesão tenha ocorrido antes do prazo liberatório).

Em capítulo seguinte, reservado apenas ao tema da prescrição trabalhista, veremos que a indisponibilidade absoluta, que gera a prescrição apenas de parcelas exigíveis mais de cinco anos antes do ajuizamento da ação perante a Justiça do Trabalho, corresponde à lesão a direito previsto em lei. A indisponibilidade relativa, que corresponde à prescrição total, é concernente ao direito assegurado em outras fontes normativas, que na a estritamente legal.

5.3.3 Princípio da continuidade

A *empresa*, no mundo moderno, tem a propensão à continuidade. O empresário a quer duradoura, próspera, sempre lucrativa. Constituir uma empresa significa reunir e organizar os fatores de produção (matéria-prima, capital e trabalho) com vistas à produção de bens ou serviços. Portanto, o trabalho, ou melhor, a contratação de mão-de-obra vem a ser um elemento da empresa, como bem assentado por Evaristo de Moraes Filho[43], *litteris:*

> A tendência do direito moderno faz-se no sentido de incorporar o contrato de trabalho ao organismo da empresa, na sua manifestação mais duradoura que é o estabelecimento. Deve-se esta transformação de ponto de vista ao direito do trabalho, já que o direito comercial do século XIX, muito preocupado com o lado patrimonial do estabelecimento, demorava-se mais na sua composição material, ou mesmo imaterial, mas sempre como coisa. Talvez em nenhum escritor daquela centúria poderemos encontrar os serviços expressamente colocados como elemento essencial da organização comercial ou industrial.

---

[41] Artigo 178, §10, I, do Código Civil de 1916.
[42] Artigo 206, §2º, do novo Código Civil.
[43] MORAES FILHO, Evaristo de. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa*. São Paulo: LTr, edição fac-similada, 1993, p. 268.

A primeira noção é de *conjunto*. A organização que contém o contrato de trabalho como um de seus órgãos transfere a este algumas de suas características, entre estas a pretensão à *continuidade*. E, ainda nessa medida, é imperioso perceber que o direito do trabalho, vocacionado à proteção do trabalhador, não poderia olvidar a *permanência*, a conveniência de ser estável a relação jurídica que une empregado e empregador, na formulação de suas normas.

Uma pioneira manifestação desse princípio da continuidade veio a ser a estabilidade no emprego, assegurada ao empregado brasileiro que contasse dez anos de serviço, na mesma empresa, até 1966 – a partir de 1967, a aquisição de estabilidade decenal era possível para os empregados que não optavam pelo regime do FGTS, não sendo mais possível (a aquisição da estabilidade decenal) desde quando editada a Constituição em vigor. É curioso notar que, no Brasil e fora do âmbito dos funcionários públicos, o direito à estabilidade surgiu em 1923, inicialmente em favor dos ferroviários e como forma de assegurar o provimento de fundos previdenciários[44].

Alguns autores, nacionais e estrangeiros, intitulam o princípio (da continuidade) como o da *estabilidade*, tal a relevância que dão ao direito de ser estável. Várias outras proposições e normas trabalhistas estão, porém, inspiradas no princípio da continuidade, algumas destas sendo enumeradas pelo professor Américo Plá Rodriguez: a preferência pelos contratos de duração indefinida; a amplitude para a admissão das transformações do contrato; a facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja ocorrido; resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal; a manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.

Quando estudarmos as situações especiais em que se operam as alterações do contrato de emprego, a sucessão de empregadores, as causas de suspensão ou interrupção do contrato, os limites da alteração contratual e as restrições ao contrato a termo, será certamente dilucidada, inferida com ainda maior clareza, a importância do princípio em tela, a sua influência na elaboração da norma trabalhista.

5.3.4 Princípio da primazia da realidade

A lição é de Américo Plá Rodriguez[45]: "O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos". Em suma, entre o que expressem os documentos e a realidade contrastante, prevalecerá sempre a realidade.

Os exemplos podem ser em número expressivo. Mas podemos lembrar os contratos simulados de *sociedade* ou mesmo *prestação autônoma de serviço*, ou ainda a existência de contratos, igualmente forjados, de *locação de veículo* (com a inclusão de cláusula em que o locador se obriga a fornecer o motorista - dir-se-ia melhor: o trabalho do motorista). Quando, não obstante essa outra nomenclatura, nota-se a presença de todos os elementos distintivos do contrato de emprego (identificá-los-emos ao estudarmos os sujeitos do citado contrato), a solução judicial acertada é o reconhecimento da relação empregatícia, assegurando-se ao empregado todos os direitos trabalhistas.

---

[44] Lei 4682, de 24/01/23 - Lei Eloy Chaves.
[45] *Op. cit.*, p. 217.

Também no que concerne ao conteúdo (conjunto de prestações exigíveis) do contrato de emprego, não interessa saber se o empregado fora classificado como *escriturário* ou *motorista.* Se ele presta trabalho como *digitador,* legítima é a sua pretensão de ver equiparado o seu salário ao dos demais digitadores, por exemplo.

O princípio da primazia da realidade é às vezes confundido com a *teoria do contrato-realidade,* esta última tendo sido proposta por Mario de La Cueva ao refletir sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho. Vivia-se uma era de resistência à hegemonia do modelo capitalista e aos institutos que lhe eram afins, como a *propriedade* e o *contrato.* As teorias *relacionista,* sobretudo na Alemanha, e *institucionalista,* com origem na França, sustentavam o início da relação de trabalho a partir da incorporação do trabalhador no estabelecimento ou da adesão do trabalhador ao estatuto da empresa (instituição que, a exemplo de outras – família, igreja ou estado – pressupunha uma hierarquia e um estatuto), respectivamente.

Essas teorias anticontratualistas não preponderaram, mas tiveram marcada influência na evolução do direito obreiro. A mencionada teoria do contrato-realidade surge como uma forma mitigada de se negar à relação de trabalho subordinado a origem em um contrato de natureza civil. Sustenta De La Cueva que o contrato de trabalho se aperfeiçoa quando se inicia a prestação laboral, e não ao tempo em que há o ajuste de vontades. Em pertinente passagem de sua obra, transladada por Plá Rodriguez[46], elucida De La Cueva:

> A doutrina [...] não se fixou nessa característica do contrato de trabalho, que o distingue dos contratos de direito civil, e não se deu conta de que somente fica completo o primeiro pelo fato real de seu cumprimento, e de que é a prestação de serviço, e não o acordo de vontades, o que faz que o trabalhador se encontre amparado pelo Direito do Trabalho; ou dito em outras palavras, a prestação de serviço é a hipótese ou pressuposto necessário para a aplicação do Direito do Trabalho.

Quando tratamos do princípio da primazia da realidade estamos em âmbito mais restrito. Já não mais nos ocupa a necessidade de indicar a natureza do contrato que dá origem ao vínculo de emprego, mas cuidamos de perceber, tão-somente, que documentos expressando hipótese diversa da real não têm efeito jurídico, porque haverá de prevalecer, sempre, a realidade. E se o ajuste inicial previa o labor em condições diferentes, também essa circunstância não terá maior relevo, pois interessará o fato real, a verdadeira condição de trabalho, a partir do instante em que a energia de trabalho esteve disponível.

É irresistível ressaltar, enfim, que o princípio da primazia da realidade merece ênfase no direito do trabalho, pois é a crueldade do sistema produtivo, e não o ato de vontade suposto e exteriorizado, que impõe a proteção ao empregado. Mas não se trata de princípio setorial, exclusivo do direito que protege a dignidade do trabalho humano. O artigo 167 do novo Código Civil fez migrar para a esfera cível das relações sociais uma nova regra, que invalida[47] os contratos simulados, preservando o vínculo que se disfarçou. *Litteris:* "É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma".

5.3.5 Princípio da razoabilidade

---

[46] *Op. cit.* p. 218.

[47] O Código Civil de 1916 previa a *anulabilidade* do contrato dissimulado. O novo código prescreve a *nulidade*.

O princípio da razoabilidade não comporta uma definição precisa. Reduzido à sua expressão mais simples, "consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão", como ensina Plá Rodriguez[48]. Basta lembrar as atuais incursões do segmento empresarial em áreas intocadas do direito do trabalho, sempre a dizer da inadequação deste ao novo processo de globalização e à complexidade da atividade produtiva, para que se perceba a necessidade, ainda que pontual, de o aplicador do direito recorrer ao critério da razoabilidade, da ação em conformidade com a razão, quando instado à tarefa de interpretar ou aplicar a norma abstrata.

Essa elasticidade (inexistência de conteúdo concreto) e a subjetividade (que não implica discernir com base em um particular juízo de valor, mas em consonância com a noção *objetiva* – própria ao *homem médio* – do que seja justo ou razoável) são características desse princípio, que vem ganhando importância maior na exata medida em que sucedem as mutações sociais e econômicas em nossos tempos. Amauri Mascaro Nascimento[49] é enfático, ao afirmar que "o princípio da norma favorável ao trabalhador, que cumpre importante finalidade, não é absoluto, tem exceções, uma vez que o direito do trabalho admite acordos coletivos de redução da jornada e dos salários, de dispensas coletivas ou voluntárias [...] O princípio protetor, central no direito do trabalho, não é mais importante que o da razoabilidade, de modo que este é o princípio básico e não aquele".

Pinho Pedreira[50] registra que apesar de os autores não virem considerando o princípio da razoabilidade, o Tribunal Superior do Trabalho, em acórdãos da lavra do Ministro Marco Aurélio, nos anos de 1987 e 1988, assentara que "rege o direito do trabalho, da mesma forma que a própria vida gregária, o princípio da razoabilidade" e que "vigora em direito do trabalho, com tríplice missão informadora, interpretativa e normativa, o princípio da razoabilidade". O professor Luiz de Pinho Pedreira da Silva transporta para sua obra, ainda, ementas oriundas de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em que o princípio da razoabilidade é referido na solução de matéria constitucional ou administrativa, sugerindo ainda algumas situações em que o direito do trabalho é claramente informado pelo princípio ora examinado.

Os autores mencionam sempre a importância de se verificar o limite do *razoável* quando se quer delimitar o direito de o empregador variar as condições de trabalho do empregado (*jus variandi*) como decorrência de estar investido do poder de dirigir a empresa. Há também uma inegável carga de subjetividade, *v. g.*, na decisão em que se diz da necessidade de uma transferência do trabalhador para estabelecimento diverso, ou ainda da alteração de suas funções em aparente violação do pactuado, ou enfim do cabimento e proporcionalidade de uma punição disciplinar. O exercício do poder diretivo precisa acontecer em conformidade com a razão objetiva.

O mesmo se proclama no tocante ao reconhecimento da relação de emprego nas famosas *zonas cinzentas:* vendedor viajante ou representante autônomo? carregador empregado ou *biscateiro?* Empregado ou sócio? Diretor ou empregado ou diretor-

---

[48] *Op. cit.* p. 251.
[49] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo : Saraiva, 1997. p. 285.
[50] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia de Direito do Trabalho.* Salvador : Gráfica Contraste, 1996. p. 206.

empregado? Representante legal de sociedade comercial contratada ou trabalhador subordinado?.

Foge ao limite do razoável, por exemplo, admitir que trabalhadores que executam iguais tarefas, em idênticas condições, sejam uns classificados como *autônomos* e outros, como *empregados*. Também o desate contratual e a posterior contratação de empregados, para as atribuições antes cometidas aos trabalhadores supostamente autônomos, denunciam, com razoável presteza, a existência de contrato de emprego no que concerne àqueles e estes. Bem assim a conversão do trabalhador pretensamente autônomo em empregado, sem que se modifique o perfil do trabalho – é razoável entender que houve *emprego,* desde sempre.

E o que dizer da simulada contratação de trabalhadores autônomos para a execução de serviço relacionado com a atividade-fim do empresário (o operador de caixa no banco, o motorista na transportadora, o operador de máquina na indústria etc.)? A razão objetiva reclama a existência de contratos de emprego quando se cogita de serviços indispensáveis à continuidade da empresa. Mas, de toda sorte, vale a advertência de Plá Rodriguez[51]:

> Não se trata, como se compreenderá, de critério absoluto e infalível, porque a vida real é bastante rica em possibilidades de aspectos e aparências muito diferentes, que às vezes parecem inverossímeis, de tão complexas. Tem-se dito com razão que a vida real é mais fecunda que a imaginação mais frondosa do legislador ou do jurista. E todos temos presentes casos práticos tão complexos que, se não soubéssemos serem autênticos, os descartaríamos por seu inverossímil conjunto de complicações e peculiaridades. Mas, de qualquer forma, atua como um critério adicional, complementar, confirmatório, suficiente quanto não há outros elementos de juízo.

5.3.6 Princípio da boa-fé

Tendência em acreditar em tudo e em todos, assim é definida a *boa-fé* pelos dicionaristas, dando ao termo a indicação da ingenuidade, inocência ou falta de malícia. No *casamento putativo,* os efeitos do vínculo aproveitam ao cônjuge inocente ou a ambos e seus filhos, se aqueles não conheciam o vício que o inquinava. Mas essa *boa-fé-crença* não tem relevância em nosso estudo, uma vez que trataremos da *boa-fé-lealdade*, ou *boa-fé objetiva*, assim definida por Forero Rodríguez, em excerto escolhido por Alfredo Ruprecht[52]:

> A boa-fé significa que as pessoas devem celebrar seus negócios, cumprir suas obrigações e, em geral, ter com os demais uma conduta leal, e que a lealdade no Direito desdobra-se em duas direções: primeiramente, toda pessoa tem o dever de ter com as demais uma conduta leal, uma conduta ajustada às exigências do decoro social; em segundo lugar, cada qual tem o direito de esperar dos demais essa mesma lealdade.

Age de boa-fé o sujeito da relação de trabalho, qualquer deles (empregado ou empregador), que tem conduta honesta em relação ao outro, não se valendo de comportamento insidioso ao executar a parte que lhe cabe no contrato.

---

[51] *Op. cit.*, p. 257.
[52] *Op. cit.*, p. 86.

Não obstante a conflituosidade quase sempre latente nas relações de trabalho, empregado e empregador não são adversários, devendo mover a ambos o mesmo desejo de prosperidade para a empresa, que alimenta a fonte do salário e do lucro. Os artigos 482 e 483 da CLT, ao indicarem a casuística da *justa causa*, em verdade estão a elencar hipóteses em que a conduta do empregado ou do empregador acarreta a quebra da confiança que um no outro depositava. Não há melhor expressão, no direito do trabalho em vigor no Brasil, da função informadora do princípio da boa-fé.

No âmbito da negociação coletiva de trabalho, exige-se do empregador que proveja o sindicato da categoria profissional de informações necessárias e verdadeiras sobre a condição econômica, financeira e técnica da empresa, sempre que à pauta de reivindicações, formulada pelos trabalhadores, for oposto embaraço dessa ordem.

É preciso ressaltar que o princípio da boa-fé se irradiou de outros foros jurídicos para o âmbito do direito do trabalho. E ganha vigor em todos as searas do direito, pois, lembra-nos Miguel Reale[53], os artigos 113[54], 187[55] e 422[56] do novo Código Civil referem-se ao princípio da boa-fé porque revelam a opção do legislador por *normas genéricas* ou *cláusulas gerais*, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, "a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais".

Reale enumera os três princípios fundamentais, que nortearam a elaboração do novo Código Civil: a *eticidade*, a *socialidade* (que se opõe ao individualismo jurídico) e a *operabilidade* (no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar a interpretação e a aplicação da nova ordem legal). O princípio da boa-fé nos remete ao princípio da eticidade e evidencia a intenção de superar o formalismo jurídico do Código Civil de 1916, pois, diz-nos Reale, "não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar".

5.3.7 Princípio da igualdade de tratamento

Em qualquer ramo do direito, a *igualdade* é compreendida, enquanto princípio, como o *tratamento igual aos iguais, desigual aos desiguais, na medida da sua desigualdade.* Pode parecer estranho que o postulado tenha influência na formação e aplicação de um ramo do direito privado que surgiu sob o pressuposto da desigualdade (entre patrões e empregados, provedores do capital e trabalho). Mas é ver que estamos a cuidar da igualdade entre os empregados e não entre estes e o empregador, porquanto fosse esta última contrariada pela realidade.

---

[53] REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. 2002. In: Jus Navegandi, n. 54. [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?

[54] Art. 113 do novo Código Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

[55] Art. 187 do novo Código Civil: : "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

[56] Art. 422 do novo Código Civil: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Alfredo Ruprecht[57] reproduz a melhor compreensão que desse princípio esboçou a doutrina espanhola, *litteris:*

> Quanto ao conteúdo, o princípio da igualdade de tratamento não significa uma completa igualação. Não atenta contra nenhuma proibição o fato de uma pessoa ser tratada especialmente, mas o empregador, enquanto procede de acordo com pontos de vista gerais e atua segundo regulamentações estabelecidas por ele mesmo, não deve excetuar arbitrariamente, de tais regras, um trabalhador individual. É arbitrário o tratamento desigual em casos semelhantes por causas não objetivas.

Por seu turno, Pinho Pedreira[58] explica que a adequação do princípio da igualdade ao direito do trabalho iniciou-se entre os germânicos, mas que essa idéia se propagou e, a partir da Alemanha, passou a informar o direito laboral na Espanha, França, Portugal, Itália e em importantes países latino-americanos, como Argentina, México e Colômbia, sendo a Convenção n. 111 da OIT, que versa sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação, ratificada igualmente pelo Brasil.

Parece importante recordar que os artigos 5º e 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, que tratam da igualdade de salário para trabalho de igual valor, têm o mesmo fundamento de validade, a mesma matriz constitucional, qual seja, o artigo 5º da Constituição, a consagrar que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.*

O princípio da igualdade de tratamento se manifesta, o mais das vezes, em seu enfoque negativo, ou melhor, não a preconizar uma atitude positiva e igualitária do empregador, mas, com igual inspiração, a impedir que o empregador discrimine um ou alguns empregados sem uma causa objetiva – revela-se assim uma norma *proibitiva*, por isso sendo intitulado o princípio sob exame de *princípio da não discriminação.*

Essa causa objetiva – fator de discriminação – deve ter nexo lógico com o ato discriminatório, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello[59]. A idade maior ou menor não justifica, por exemplo, o tratamento desigual que diga respeito ao pagamento de participação nos lucros ou em resultados da empresa, se não interferiu, abstratamente, na obtenção do lucro dividido. O mesmo se pode advogar quando o empregador oferece condições desiguais pelo fato de o empregado ser de etnia ou origem que a ele desagrada, sendo desigual apenas nessa medida.

E está superada a velha orientação doutrinária, no sentido de o princípio da igualdade apenas se aplicar ao direito público, sendo oposto ao Estado. Observa Pinho Pedreira[60], secundando Luciano Ventura, que movimentos contrários à discriminação racial nos Estados Unidos ou às discriminações políticas e sindicais nos postos de trabalho, na Itália, provocaram tensões ásperas e generalizadas e estas "determinaram que se passasse a reconhecer a natureza da autoridade privada do empregador, cujo poder, assim como o estatal, não poderia deixar de estar sujeito a limites, que o inibissem de praticar arbitrariedade".

---

[57] *Op. cit.*, p. 102.
[58] *Op. cit.*, p. 180.
[59] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo : RT, 1978. p. 24.
[60] *Op. cit.*, p. 185.

Não se pode esquecer que a empresa, enquanto *propriedade* daquele que provê o capital, tem imantada a sua função social. A produção de bens ou serviços ali desenvolvida não interessa apenas ao empresário, que dela quer, com razão, auferir lucro, mas aproveita a toda a sociedade. Justificam-se, nessa medida, a *ordem econômica e social* incluída no texto constitucional (artigo 170) e as normas infra-constitucionais que inibem o abuso do poder econômico.

Sobressai, a propósito, a Lei 9.029/95, que proíbe "a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal" (art. 1º). Após capitular como crime algumas práticas discriminatórias vedadas aos empregadores, o art. 4º da citada lei faculta ao empregado que sofreu a despedida discriminatória a opção de ser reintegrado no emprego ou receber em dobro a remuneração que lhe seria paga durante o período de afastamento.

O Tribunal Superior do Trabalho já teve oportunidade de fazer cumprir esse postulado da igualdade em favor de empregados que não eram estáveis no emprego mas foram discriminados, por exemplo, em razão de idade (TST-RR-462.888/1998, DJ 26/09/03) ou de serem portadores do vírus da AIDS (E-RR-439.041/98).

É plural, aliás, o modo como se concretiza o princípio da igualdade de tratamento no direito do trabalho. A sua função *interpretativa* sobressai na aplicação do artigo 461 da CLT, este a prescrever a equiparação salarial entre empregados que executam trabalho de igual valor. Noutro viés, o seu caráter *normativo* é pronunciado quando o empregador institui quadro de carreira, homologado ou não pelo Ministério do Trabalho, e deixa de assegurar a algum empregado o salário ali regulamentado; ainda quando as condições de trabalho, mesmo outras, afora o salário, não são iguais para os empregados em condições de igualdade; também quando o empregador pune de modo discriminatório um empregado em relação aos demais, que cometeram igual falta em idênticas circunstâncias e grau de participação. A doutrina e a jurisprudência trabalhista são pródigas na indicação de hipóteses em que o princípio da igualdade de tratamento merece ser referido.

Por derradeiro, vale ressaltar, sob o escólio de Pinho Pedreira[61], que ao empregador cabe o ônus de provar o *motivo justo* que teria tornado lícita a desigualdade de tratamento, retirando-lhe a aparência de arbitrariedade; também que "o princípio do tratamento igual funciona somente em favor do empregado, jamais em benefício do empregador, constituindo um fator de alinhamento por cima. Não pode este exigir do empregado a devolução de uma prestação que os demais não receberam".

A bem dizer, o princípio constitucional revela um valor a ser alcançado, desafiando o Estado Democrático de Direito. Quando lhe atribuímos força normativa, apresenta-se o princípio não apenas como um item na pauta do legislador, mas sobretudo como uma meta a ser atingida pelos que atuam o direito positivo, sempre visando à sociedade ideal. Pinho Pedreira, mestre baiano, assim sintetiza o fim a que se deve vincular, imperativamente, o agente do direito do trabalho, quando instado a cumprir o princípio da

[61] *Op. cit.*, p.197.

igualdade: o juiz do trabalho deve compreendê-lo como *um fator de alinhamento por cima.* É essa, ao que nos parece, a sentença definitiva.

5.3.8 Princípio da autodeterminação coletiva

As negociações coletivas de trabalho produzem normas trabalhistas e para tanto já mostravam talento mesmo antes de o Estado percebê-las. Ao despertar para a força da ação coletiva, o Estado reprimiu a atuação sindical, tolerou-a numa etapa histórica seguinte e, enfim, reconheceu a sua legitimidade. Mas houve tempo em que o regime fascista barrou o avanço do sindicalismo e o Estado nacionalista, por inspiração e obra de Benito Mussolini, disseminou-se em vários países, impondo ao sindicato a condição de órgão integrante de sua estrutura (estrutura estatal).

O modelo fascista pressupunha o fim da luta de classes e, propondo então nova missão para o sindicato, dizia estar o mesmo apto à colaboração institucional entre capital e trabalho, subordinando-se os interesses individuais e grupais aos interesses gerais da produção nacional e do Estado. Nascia o *modelo corporativista italiano,* adotado enfim pela comissão de procuradores do trabalho que elaborou a primeira versão de nossa CLT, especialmente na parte em que esta regula os conflitos coletivos.

As ordenanças do governo militar aliado aboliram o ordenamento corporativo na Itália e o exemplo fora seguido pelas outras nações da Europa ocidental, tão logo tivera fim a Segunda Guerra Mundial. Essa restauração da democracia sindical não ocorrera, porém e em sua plenitude, no Brasil, onde institutos como o monopólio da representação, a contribuição compulsória ao sindicato único e o poder normativo da Justiça do Trabalho remanescem, denunciando a inspiração corporativista da nossa estrutura sindical.

A doutrina e a jurisprudência têm reclamado, porém, uma nova *organização sindical,* em consonância com a *liberdade sindical* preconizada na Convenção n. 87 da OIT. Nessa medida, a Constituição editada em 1988 apresenta clara evolução ao prestigiar, em alguns de seus dispositivos, a negociação coletiva como mecanismo de solução dos conflitos trabalhistas que transcendem os interesses individuais dos trabalhadores, assim operando quando reconhece a validade das convenções e acordos coletivos de trabalho (artigo 7º, XXVI), autoriza a *flexibilização* da jornada e salário mediante concertação coletiva (artigo 7º, VI e XIII), enaltece a função conciliadora da Justiça do Trabalho e exige a precedência da negociação coletiva para que tenha curso o *dissídio* instaurado pelo sindicato obreiro ou patronal (artigo 114 e §§).

Alguns autores invocam, porém, a nossa tradição – dir-se-ia de origem romano-germânica – de *judicializar* os nossos conflitos e regê-los por norma heterônoma, não devendo ser dócil o operador do direito do trabalho, no Brasil, à influência do costume anglo-saxão no sentido de remeter à via negocial toda e qualquer conquista obreira, suprimindo-se a instância judiciária. É eloqüente o trecho seguinte, extratado de artigo doutrinário subscrito pelo Ministro Orlando Teixeira da Costa, à época em que presidia o Tribunal Superior do Trabalho[62]:

> O ideal, para esses arautos do contratualismo coletivo hodierno, é que não haja instituições jurídicas que visem à regulação de qualquer vínculo laboral, que as partes relacionadas pelo trabalho prescindam de qualquer presença estatal, por

[62] *In* Revista Trabalho & Processo, vol. 6, Editora Saraiva, p. 104.

> mínima que seja, que não exista nenhuma previsão de conduta para o estabelecimento de relações trabalhistas, pois, assim ocorrendo, melhor será para a livre atuação e para o predomínio daquele que dispuser objetivamente de hegemonia.
> Não se deve cogitar de interesses humanos, mas, tão-somente, de interesses econômicos, cuja preponderância identifica a tese em que se apóia: o materialismo capitalista.
> Pressupondo uma total liberdade de relacionamento, esquecem-se de que essas relações não são meramente simpáticas, mas se desenvolvem num clima formal, que exige comportamentos previsíveis.
> Eis o pensamento contratualista coletivo que se pretende (e já se está conseguindo) disseminar no Brasil.

Intuímos, porém, que a negociação coletiva é imprescindível à adequação da norma às condições de trabalho novas ou advindas com a alta tecnologia, através da automação. Há necessidade, por vezes, de compatibilizar o salário, fixado à razão da quantidade de serviço, à produção maior obtida através da mecanização ou robotização do processo produtivo, eventualmente inadiável em vista da competição com empresas nacionais ou transnacionais que desenvolvem métodos mais avançados de produção.

Ou, por outra, a negociação coletiva se faz útil para ajustar salário e jornada a tempos difíceis, em que a ameaça do desemprego pode ser atenuada com a colaboração do sindicato. Do mesmo modo, o progresso da tecnologia empregada em todos os setores da economia pode inovar condições de trabalho inusitadas, não regidas pela norma positivada mas carentes de regulação específica. Por exemplo, a maior produtividade nas atividades agrícola e pecuária obtida por uso da biotecnia, bem assim a transferência de informação através de *modem* ou telefonia móvel, que permite o *controle* do empregador à distância e, por igual, a realização do trabalho em local mais próximo do cliente ou da fonte produtora de matéria-prima. Todos esses avanços acontecem na área rural, na indústria ou no comércio, com o trabalho confinado em regiões inóspitas, em plataformas marítimas ou em locais de difícil acesso, com a venda mediante o teletrabalho ou o *telemarketing* etc.

O que há de extraordinário na negociação coletiva, quando levada a termo pelo sindicato da categoria profissional (que congrega trabalhadores), é que a entidade sindical, diferente do empregado, não se encontra sob coação econômica, não teme a perda do emprego. O sindicato é o ser coletivo, que age *impessoalmente* em relação aos empregados, no confronto com o empresariado. Os dirigentes sindicais não podem ser despedidos, por emulação ou instinto persecutório, pelo empregador[63] e são livres para representar, a qualquer tempo e lugar, os interesses da categoria obreira[64].

5.3.8.1 A autonomia coletiva e os princípios regentes da organização sindical

Não resta dúvida, contudo, quanto à necessidade de se liberar a organização sindical das amarras do modelo corporativista, o que certamente permitirá não somente a *representação*, mas sobretudo a *representatividade* dos sindicatos e, de conseguinte, será possível a estes intervir mais objetivamente na reordenação do método de trabalho em cada empresa ou segmento econômico.

---

[63] *Vide* artigo 8º, VIII, da Constituição e artigo 543, §3º, da CLT.
[64] *Vide* artigo 543 da CLT.

Há dois princípios que são, aparentemente, antinômicos, embora sejam normalmente referidos quando se estuda a estrutura sindical no Brasil. Estamos a tratar dos princípios da *unicidade* e da *liberdade sindical.*

Como pudemos verificar ao refletir sobre a origem do direito coletivo do trabalho, a unicidade sindical remonta a um tempo em que o modelo corporativista italiano, de caráter totalitário, negava o conceito de classe, subordinando os interesses individuais e grupais aos interesses gerais da produção nacional e do Estado. Ante o pressuposto de estar superada a concepção da sociedade com classes em eterno conflito, o corporativismo convertia os sindicatos em entidades de direito público ou, noutra perspectiva, transformava-os em entes privados que exerciam funções delegadas do Poder Público, sobretudo as de disciplinar a produção e o trabalho, bem assim a de arrecadar tributo – o imposto sindical[65] - que o provesse de recursos financeiros indispensáveis à realização desse desiderato.

O Decreto n. 19.770, de 1931, exigia a unicidade, a neutralidade e a nacionalidade dos sindicatos, impedindo que estes veiculassem a doutrina marxista – cuja vocação para a universalidade era uma ameaça ao regime que, como visto, também perseguia a *totalidade* – e extraindo do movimento associativo a característica, a ele tão própria, de congregar, naturalmente, trabalhadores predispostos ao combate das ações patronais que promovem o trabalho indigno, injusto, desumano. Se não contarmos o curto período de vigência da Constituição de 1934, que previa a pluralidade e a autonomia sindical, concluiremos que ordenamento jurídico brasileiro está, desde a década de 30, a impor a regra de o sindicato dever ser o único a representar uma dada categoria profissional, na base territorial que o seu estatuto delimitar. Assim se dá quanto à categoria profissional e, por igual, no tocante à categoria econômica, que reúne empregadores exercentes da mesma atividade econômica.

A não ser nas hipóteses de categoria profissional diferenciada – em que o enquadramento do trabalhador depende da natureza do serviço por ele prestado –, desvenda-se a categoria a que pertence o empregado consultando-se a atividade econômica de seu empregador. Há, sempre, uma entidade sindical a representar os empresários que desenvolvem uma qualquer atividade, contrapondo-se a esse sindicato um outro, que representa empregados. Quando, do lado patronal ou dos empregados, a categoria não está organizada em torno de seu sindicato, representa-a a federação e, à falta desta, a confederação. A não ser nessa hipótese, à federação cabe a representação dos sindicatos (e não da categoria) e à confederação está adstrita a representar as federações.

Até ser editada a Constituição de 1988, o sindicato devia ser, antes, uma associação profissional, que somente adquiria a investidura sindical – vale dizer, o direito de agir como sindicato, representando filiados, ou não, que integrassem a categoria – quando lhe era outorgada a Carta de Reconhecimento, pelo Ministério do Trabalho. Mesmo depois de se transformar em sindicato, a entidade sindical que agia em desacordo com a política oficial de governo podia sofrer intervenção do Estado. A Constituição em vigor regula a matéria em seu artigo 8º, I, enaltecendo ser livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

---

[65] O imposto sindical foi, mais adiante e eufemisticamente, denominado contribuição sindical, que está atualmente referida nos artigos 513, e e 548, a, da CLT.

> I – a lei não poderá exigir autorização do Estado par a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical

Nota-se que a Carta de Reconhecimento não pode mais ser outorgada, formando-se o sindicato mediante o "registro no órgão competente". Mas, a que órgão competente estaria o constituinte a referir-se? Seria o cartório de registro de pessoas jurídicas, que controla o registro de estatutos das sociedades civis? Ou seria o Ministério do Trabalho, que sempre possuiu o controle da unicidade, impedindo que novas entidades sindicais surjam para representar uma dada categoria, na mesma base territorial?

Após polemizarem os tribunais e tratadistas, por alguns anos, a respeito desse questionamento, o Ministério do Trabalho editou sucessivas instruções normativas em que assumia a responsabilidade pelo cadastro nacional das entidades sindicais, embora a ressaltar, como o fez no intróito da Instrução Normativa n. 1, de 17 de julho de 1997, que o registro sindical, cujo controle ainda lhe cabe, é, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal[66], um "ato vinculado, subordinado apenas à verificação de pressupostos legais, e não de autorização ou de reconhecimento discricionários".

Quando o requerimento de registro é publicado do Diário Oficial da União e alguma entidade sindical o impugna, reclamando a representação de empregados ou empregadores naquela base territorial, o Ministério do Trabalho nada decide (salvo quanto a regras de procedimento relativas ao encaminhamento da impugnação), aguardando que o Poder Judiciário, por provocação das partes interessadas, dirima o conflito.

Sobre o princípio da liberdade sindical, insta reproduzir o teor da Convenção n. 87 da OIT, sem embargo de esta não ter sido ratificada pelo Brasil:

> Artigo 1º
> Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho, para a qual esteja a vigor a presente Convenção, obriga-se a pôr em prática as seguintes disposições.
>
> Artigo 2º
> Os trabalhadores e os empregadores, sem qualquer distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que julguem convenientes, assim como de se filiar a essas organizações, com a única condição de observar seus estatutos.
>
> Artigo 3º
> 1. As organizações de trabalhadores e empregadores têm o direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, o de eleger livremente seus representantes, o de organizar sua administração e suas atividades, e de formular seu programa de ação.
> 2. As autoridades públicas deverão se abster de toda intervenção que vise a limitar esse direito ou a dificultar seu exercício legal.
>
> Artigo 4º
> As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas à dissolução ou suspensão por via administrativa.
>
> Artigo 5º
> As organizações de trabalhadores e de empregadores têm direito de se constituir federações e confederações, assim como de filiar-se às mesmas, e toda

[66] A IN 1/97 faz remissão ao MI 144/SP e à ADIMC 1121/RS, Tribunal Pleno).

> organização, federação ou confederação tem o direito de filiar-se a organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores.
>
> Artigo 6º
> As disposições dos artigos 2º, 3º e 4º desta Convenção aplicam-se às federações e confederações de organizações de trabalhadores e de empregadores.

É comum se sustentar, com apoio na Convenção n. 87 da OIT, acima transcrita, que o princípio da liberdade sindical se expressa através da *liberdade individual*, da *liberdade coletiva* e da *autonomia sindical*. A liberdade individual é a de filiar-se ou não a sindicato e a de escolher o sindicato a que se filiar. Quanto à liberdade coletiva, têm-na os grupos de empregados e empregadores quando lhes é assegurado o direito de constituir novas entidades sindicais, aptas à defesa de seus interesses particulares. A autonomia sindical manifesta-se no poder, em que está investida a categoria, de estruturar internamente o sindicato, à sua conveniência.

Podemos inferir do artigo 8º, II, da Constituição que a liberdade coletiva não está plenamente garantida, no Brasil, pois "é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município". Logo, os grupos sociais não podem constituir, livremente, novo sindicato que os represente, na mesma base territorial em que já sejam representados, por sindicato anteriormente constituído.

Esse rigor tem sido, porém, atenuado, pois o Superior Tribunal de Justiça, ao decidir em processos nos quais dois ou mais sindicatos reclamavam a representação de trabalhadores na mesma base territorial, veio a entender que "o princípio da unicidade sindical não significa exigir apenas um sindicato representativo de categoria profissional, com base territorial delimitada, mas de impedir que mais de um sindicato represente o mesmo grupo profissional"[67]. Assim, o STJ está admitindo o desmembramento do sindicato, bastando que a ala dissidente da categoria original constitua nova entidade e cada empregado possa ser membro de uma só categoria, vale dizer, da categoria remanescente ou da categoria desmembrada.

Além disso, o artigo 37, VI, da Constituição prescreve: "É garantido ao servidor público civil o direito à livre associação". Como não há remissão ao artigo 8º da mesma Carta Magna, dessume-se que a unicidade sindical não é exigida com o mesmo rigor no tocante à sindicalização de servidores públicos. Tratando da matéria, o Supremo Tribunal Federal[68] decidiu que "a existência, na mesma base territorial, de entidades sindicais que representem estratos diversos da vasta categoria dos servidores públicos – funcionários públicos pertencentes à Administração direta, de um lado, cada qual com regime jurídico próprio – não ofende o princípio da unicidade sindical."

A última expressão da liberdade sindical é a que diz respeito à autonomia do sindicato para se organizar internamente. Vários foram os dispositivos da CLT que perderam fundamento de validade quando editada a Constituição em vigor, que veda ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical (artigo 8º, I). Há um

---

[67] Decisão contida em: RE 74986/SP; RE 40267/SP; RE-38726/RJ; MS 1703/DF. A remissão a essas decisões está no intróito da IN 1/97, do Ministério do Trabalho.
[68] STF, RE 159288, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 23.8.1994.

preceito da CLT, o seu artigo 522, que teve, contudo, a sua eficácia restaurada em razão do modo abusivo como os sindicatos vinham investindo, em seus órgãos de direção, um número excessivo de empregados. A seu tempo, vamos estudar a estabilidade que o artigo 8º, VIII, da Constituição garante aos dirigentes sindicais.

Os tribunais poderiam ter firmado jurisprudência no sentido de a estabilidade não se estender a todos os dirigentes do sindicato, ou a qualquer deles, nos casos concretos em que se revelasse abusiva a composição da diretoria sindical. Num primeiro momento, assim se posicionou a jurisprudência[69]. Mas o Supremo Tribunal Federal[70] optou por reduzir o número de dirigentes sindicais a sete, tal como estatuído no artigo 522 da CLT. Quando declara a ultra-atividade desse dispositivo, a decisão do STF facilita a tarefa de julgar, pois oferece às partes e ao juiz um raciocínio silogístico a que estamos acostumados, dada a nossa tradição romano-germânica. Perdeu-se mais uma oportunidade, porém, de deixar aos interessados a liberdade de agir segundo o Direito e ao Poder Judiciário, a responsabilidade de não intervir na relação associativa, gérmen e escola de democracia, senão para invalidar o ato abusivo.

Deduz-se, portanto, que a unicidade sindical, para alguns indispensável na fase embrionária do sindicalismo brasileiro - ao tempo em que o seu oposto, a pluralidade, poderia dispersar os trabalhadores - e defendida por centrais sindicais e setores expressivos do patronato à época da Assembléia Nacional Constituinte (1988), está, hoje, a engessar a formação e a atuação dos sindicatos, nem sempre representativos. Dados estatísticos[71]

---

[69] TST, RR 290771/96.9, Rel. Min. João Oreste Dalazen. *Apud* CARRION, Valentin. *Comentarios à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 423.

[70] "O art. 522, CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela Constituição/88, art. 8º, I" (STF, RE 193345-3-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/04/99. *Apud* CARRION, Valentin. *Op. cit.* p. 423.

[71] Dados fornecidos pelo IBGE, em outubro de 2002: Os dados da Pesquisa Sindical 2001 revelam que, de 1991 a 2001, o número total de sindicatos, no País, cresceu 43%, passando de 11.193 para 15.963 sindicatos. A maior parte destes constitui-se de sindicatos de trabalhadores, que eram 7.612, em 1991, e 11.354, em 2001. As taxas de crescimento dos sindicatos de trabalhadores autônomos (307%), de empregadores urbanos (58%) e de empregados urbanos (59%) ficaram acima da taxa de crescimento do total de sindicatos. O peso dos sindicatos rurais decresceu: enquanto em 1991 era de 40%, em 2001 é de cerca de 36%. No que se refere ao número de associados e à taxa de sindicalização, houve pequena queda em relação à População Economicamente Ativa (-5,2% entre 1990 e 2001) e um ligeiro crescimento em relação à População Ocupada (0,8% entre 1990 e 2001). O total de associados a sindicatos de trabalhadores cresceu 27,3%. A pesquisa também revelou que, em 2001, 12% dos sindicatos tinham até 100 associados e 29%, mais de 1.000 associados. Regiões Sudeste, Sul e Nordeste continuam com as maiores proporções de sindicatos. As regiões Norte (79%) e Centro Oeste (71%) apresentaram as maiores taxas de crescimento em relação à pesquisa anterior, mas não alteraram suas posições relativas. Sudeste (37%) e Sul (33%), embora tenham crescido num ritmo inferior ao observado para a região Nordeste (42%), continuam, juntamente com esta última, sendo as regiões com maiores proporções de sindicatos. Quanto à distribuição segundo a abrangência da base territorial, os sindicatos de representação nacional apresentaram a maior taxa de crescimento (186%, entre 1991 e 2001). No entanto, não ultrapassam cerca de 1% do total de sindicatos, enquanto os de representação municipal predominam largamente, representando 53% do total. A taxa de crescimento dos sindicatos de trabalhadores da indústria foi de 15% e a dos de empresas de crédito, 12%. Os servidores públicos tiveram crescimento nos seus sindicatos por ser recente a legitimação de sua representação sindical - a partir da Constituição de 1988. Já o alto crescimento experimentado pelos trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura se deve, também, à inclusão, nesta categoria, dos professores, dos auxiliares de administração escolar e dos demais empregados em estabelecimentos da rede pública federal, estadual e municipal de ensino. Sindicatos não filiados a centrais sindicais predominam. A Pesquisa Sindical 2001 mostra que 62% dos sindicatos de trabalhadores não são filiados a nenhuma central sindical. A proporção de filiados, porém, cresceu entre 1991 e 2001, passando de 30% para 38%. Desse total, 66% são filiados à

apresentados pelo IBGE, no final de 2002, informam que apenas metade dos sindicatos realizam negociações coletivas, não sendo ainda mais inexpressivo esse número em razão de 62% e 63% dos sindicatos atuantes nas regiões Sul e Sudeste, respectivamente, cumprirem a sua missão supostamente congênita, a de negociar para obter mais justas condições de trabalho.

Ademais, a herança do arbítrio estatal fez com que se preservassem associações sindicais forjadas por líderes políticos autoritários ou pelo próprio empregador, com o mal-disfarçado objetivo de neutralizar o espaço discursivo e reivindicatório que o sistema capitalista tolera, no ambiente empresarial. Soma-se ao *peleguismo* a criação de milhares de sindicatos, no Brasil, com o intuito pouco dissimulado de arrecadar a contribuição sindical – que seria obrigatória para todos os empregados e empregadores – ou, até há pouco tempo, indicar representantes classistas para a Justiça do Trabalho. São as chagas do corporativismo, ainda assim insuficientes para obscurecer a importância da negociação coletiva de trabalho, instrumento de solução dos conflitos coletivos que viabiliza a correção de injustiças e promove a adaptação da norma abstrata à realidade plural e complexa, prescindindo da intervenção estatal.

5.3.8.2 A autodeterminação coletiva e a *flexibilização* do direito do trabalho. O princípio constitucional da proteção ao trabalhador

Ao menos no que toca às etapas da produção de bens e serviços ainda não transferidas à máquina, a lógica poderá ser a da *flexibilização* sem prejuízo das garantias mínimas asseguradas ao trabalho humano. Para tanto, é imperioso que não se faça tábula rasa do caráter geminado atribuído ao *valor social do trabalho* e ao *valor – igualmente social – da livre iniciativa,* pelo artigo 1º, IV, da nossa Carta Magna.

Cabe adiantar que *flexibilização* é neologismo que denota *adaptação.* Sobre a conveniência de se adaptar a norma trabalhista às excentricidades do mundo do trabalho, nem sempre previstas pelo legislador, já nos posicionamos, defendendo então o respeito às garantias mínimas asseguradas na ordem legal. Mas há um claro movimento, no Brasil de hoje, que tende a estabelecer perfeita sinonímia entre *flexibilização* e *desregulamentação.*

Houve tempo em que se cogitou, intensamente, de alterar-se o art. 618 da CLT para permitir que convenções e acordos coletivos de trabalho reduzissem direitos assegurados em outros dispositivos consolidados. Essa iniciativa sustentava-se no argumento de que a mudança não atingiria normas constitucionais, mas somente regras insculpidas na CLT. Assim, teria fundamento de validade na Constituição Federal.

Central Única dos Trabalhadores (CUT) e 19% à Força Sindical (FS). Metade dos sindicatos realizaram negociações coletivas. Pela primeira vez a Pesquisa levantou junto aos sindicatos de empregados urbanos, trabalhadores avulsos e trabalhadores rurais, se eles tinham conhecimento de greves em sua base sindical. Os resultados mostram que 19% dos sindicatos de empregados urbanos, 4% dos trabalhadores avulsos e 5% dos trabalhadores rurais tinham conhecimento de greve na base de representação. Já o número de sindicatos que realizaram negociações, em 2001, permaneceu estável quando avaliado em relação a 1991 (em torno de 50% nos dois anos). A proporção de sindicatos que realizou negociações é bastante diferenciada por região, com destaque para Sudeste e Sul, onde 63% e 62%, respectivamente, estão neste caso.

O argumento desdenhava a relevância, ou a preeminência enfim, que festejados teóricos[72] do direito (sediados, não custa lembrar, em países como Inglaterra, Estados Unidos, Itália e Alemanha, que ocupam o centro da economia mundial) têm atribuído aos princípios constitucionais. Interessa-nos, em especial, o princípio da proteção, que está topograficamente referido no *caput* do art. 7º da Constituição e prevalece, também por isso, quando cotejado com o da autodeterminação coletiva, contemplado, secundariamente, em um dos incisos desse preceito constitucional, o inciso XVI.

Há princípios que estão positivados, na Carta Constitucional, segundo o conceito, ou melhor, a expressão verbal do conceito que lhes dá o sentido. Por exemplo, os conceitos *valor social do trabalho*, *dignidade da pessoa humana*, *devido processo legal*, *contraditório* e *ampla defesa* estão expressamente referidos no texto constitucional e, com base nos dispositivos da Constituição que a eles fazem referência, compreende-se toda a dimensão de seu significado.

Existem, porém, princípios cujo sentido pode ser sintetizado em conceitos jurídicos conhecidos através de nomenclaturas que não foram adotadas pelo constituinte, a exemplo de *efetividade do processo, acesso à justiça, motivação dos atos administrativos, subsidiariedade da intervenção econômica do Estado*. Apesar de a Constituição expressá-los de outro modo, não nos parece haver dúvida, ou dúvida séria, quanto à elevação desses princípios ao nível constitucional.

Há, enfim, princípios de direito que nos interessam especialmente, pois eles são inferidos do sistema constitucional, embora a eles não faça alusão explícita ou implícita qualquer de seus dispositivos. Por exemplo, a organização judiciária instituída pela Constituição permitiu que constitucionalistas e processualistas sustentassem, como alguns ainda sustentam, estar o princípio da revisibilidade das decisões ou do duplo grau de jurisdição erigido ao nível de princípio constitucional.

Mais que isso: a adoção do modelo montesquiano de repartição do poder estatal fez com que se extraísse da organização político-administrativa, consagrada na atual Carta Política, a rigidez do princípio da separação de poderes. Nota-se que o artigo 60, §4º da Constituição inclui esse princípio constitucional entre as cláusulas pétreas, sem que qualquer outro artigo da Constituição a ele faça a mais breve menção, para explicar, enfim, qual o seu conteúdo.

Relembramos, então, que todo o ordenamento trabalhista está fundado no pressuposto de a norma estatal assegurar o mínimo de proteção ao trabalhador, ou seja, uma base de direitos que garante a dignidade do trabalho humano. Não há uma norma legal que esgote a proteção ao empregado, pois ela sempre prescreverá a proteção mínima e tudo o mais poderá ser acrescido através da negociação coletiva, do regulamento de empresa, do contrato.

É inverídica, a propósito, a afirmação de que a proteção celetista está esclerosada, porque remonta a 1943. Em vez disso, o que se tem é um conjunto de normas que se veio formando ao longo do processo de automação agrícola, industrialização,

[72] Podemos lembrar Crisafulli e Bobbio na Itália, Robert Alexy na Alemanha e Ronald Dworkin na Inglaterra e nos Estados Unidos.

informatização e mesmo terciarização, vivenciado pelo Brasil em décadas bem mais recentes.

A regência das férias individuais e coletivas, como está na atual CLT, é de 1977, desse mesmo ano sendo as prescrições sobre os adicionais de insalubridade e periculosidade; a norma excludente dos que exercem cargo de confiança (art. 62), no tocante à duração do trabalho, é de 1994; a proteção contra a supressão do intervalo intrajornada é também de 1994; a proteção do trabalho da mulher sofreu alterações em 1989 e em 2001; os artigos da CLT que regulam a duração dos contratos sofreram alterações em 1967, em 1977, em 1989 e em 2001; o capítulo que trata da rescisão contratual também sofreu várias alterações, sobretudo em 1970 e em 1989; o título pertinente ao contrato individual do trabalho foi modificado em 1967, 1994 e 1997.

Em todos esses dispositivos está sempre prevista uma proteção mínima, assecuratória de um direito trabalhista absolutamente indisponível, sujeito apenas à prescrição parcial, sem embargo de norma mais favorável ao trabalhador, porventura elaborada pelos próprios atores sociais, poder ser construída e a essa norma estatal preferir. Ao lado da regra de interpretação *in dubio pro operario* e da regra de sobrevigência da condição mais benéfica, essa técnica de impor, mediante lei, um patamar de dignidade do trabalho humano e permitir a edição de normas ainda mais protetivas revela as formas por que se manifesta o princípio da proteção.

O poder constituinte originário, que tudo podia, estava autorizado a romper essa tradição do direito trabalhista, deixando às partes, através de seus sindicatos, o direito de reduzir direitos, por exemplo. Assim, porém, não operou, pois ressalvou, desde logo, quais as condições contratuais que, embora referidas em lei, poderiam ser objeto de negociação coletiva: a redução ou compensação de jornada (artigo 7º, XIII, da Constituição), a irredutibilidade do salário (artigo 7º, VI) e a jornada reduzida em turnos ininterruptos de revezamento (artigo 7º, XIV). Quanto ao mais, a diretriz é a mesma.

O artigo 7º da Constituição enumera os direitos sociais de índole trabalhista que erigiu a direitos fundamentais e assim os introduz: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Aplicou o poder constituinte a mesma técnica, bem se nota, de editar a norma inerente à dignidade do trabalho humano e reservar um grau maior de proteção ao domínio de outras normas. Ao examinar o princípio da proteção, vimos que essa tendência para a expansão do conteúdo protecionista é o modo como repercute, entre nós, o princípio da proibição do retrocesso que informa a teoria dos direitos fundamentais.

Portanto, todo o sistema jurídico trabalhista, a partir do texto constitucional, está fundado no princípio da norma mais favorável, que é a expressão mais eloqüente do princípio da proteção. E que importância há em se afirmar que o princípio da proteção está consagrado na Constituição? A resposta beira a obviedade: o caráter normativo de um princípio constitucional impede que norma infraconstitucional, que o desconsidere, revele-se válida.

É como dizer: a lei que altere essa lógica interna do sistema trabalhista, permitindo que uma norma coletiva possa derrogar direitos absolutamente indisponíveis, assegurados em norma estatal, carece de fundamento de validade; é, em resumo, inconstitucional.

Não se afigura razoável, enfim, a afirmação de que a outorga de maior poder aos sindicatos os fortaleceria. Contra essa ingênua proposição, parece-nos oponível a lucidez do ministro Arnaldo Süssekind, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo:

> É preciso considerar que o Brasil é desigualmente desenvolvido, onde regiões plenamente desenvolvidas convivem com outras em vias de desenvolvimento e com algumas preocupantemente subdesenvolvidas. Ora, só existem sindicatos fortes, capazes de negociar em posição de equilíbrio com importantes empresas nacionais e transnacionais, onde há espírito sindical. E esse dado sociológico emana espontaneamente das grandes corporações operárias, as quais se formam onde há desenvolvimento econômico, sobretudo no setor industrial.

Em suma, a negociação coletiva e seus consectários, a convenção e o acordo coletivo de trabalho, são uma conquista do direito contemporâneo. Mas a alteração pretendida para o artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho seria inconstitucional porque ensaiaria inverter a lógica do sistema, reservando à norma categorial, ainda mais em períodos de crise econômica e ameaça de desemprego, o poder de estabelecer as condições em que a utilização da energia de trabalho se coadunaria com a dignidade do trabalho humano. Essa função é estatal e o Estado a realiza quando cumpre o artigo 7º da Constituição, exaurindo-lhe o conteúdo e lhe garantindo efetividade.

6
A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO. 6.1 A prescrição e o temor de propor a ação. 6.2 *Actio nata* como termo inicial do prazo prescricional de cinco anos. 6.3 Outras relevantes cizânias jurisprudenciais frente à evolução constitucional e das leis. 6.3.1 Os fundamentos *tradicionais* da prescrição total de cinco anos. 6.3.2 A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional. 6.3.3 A possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição total de pretensão fundada em nulidade. 6.3.4 A jurisprudência trabalhista sobre a prescrição da pretensão que investe contra o negócio jurídico nulo. 6.3.5 A extinção do contrato como único termo inicial da prescrição bienal. 6.3.6. Súmulas 326 e 327 do TST – a complementação de proventos da aposentadoria. 6.3.7 A posição do STJ sobre o tema. Súmula 85 do STJ e prescrição do fundo de direito.

6.1 A prescrição e o temor de propor a ação

O trabalhador brasileiro é titular de uma gama de direitos que não nasce, o mais das vezes, da negociação coletiva por meio da qual se comprometeria diretamente o seu empregador. Nasce da lei – e assim sucede, talvez, porque o modelo de organização sindical não inspire confiança ou não demonstre capilaridade suficiente para fomentar a representatividade dos atores sociais. Ou decerto porque o grau de assimetria na relação laboral ainda reclame, entre nós, alguma intervenção estatal tuitiva e compensatória.

O fato é que o empregador nem sempre se revela comprometido com o cumprimento da ordem jurídica marcadamente heterônoma, sequer reconhecendo que a representação política de seus interesses predomina, como invariavelmente predominou, na elaboração das leis trabalhistas cuja observância e respeito estaria a recusar. Porque se envolve em uma teia de irregularidades para desafiar a ordem que ajudou a construir, mas entende ilegítima, a relação trabalhista no Brasil parece fadada a promover a insatisfação dos que a protagonizam. Não raro, nela subjaz um conflito latente que mais adiante se transforma em conflito judicializado.

A propositura de ação judicial seria o meio de instaurar, ou quem sabe restaurar, a harmonia entre os que contendem em silêncio, o empregador e o empregado que, desavindos, insistem em interagir cordialmente, ambos movidos pela intenção de preservar o vínculo, mas preservá-lo por razões diversas, paradoxalmente definidas pela ideia de subsistência: o empresário persegue a continuação de seu negócio; o empregado, a própria sobrevivência.

Há, contudo, de os direitos não se autarquizarem na vida social sem um plexo de garantias que os torne efetivos. Direitos que não se mostram aptos à realização apresentam-se como "direitos" por mera concessão verbal, pois tolerante em demasia é a linguagem jurídica. Mesmo a ação judicial, uma garantia por definição, reclama garantias de segundo nível, vale dizer, mecanismos jurídicos que protejam aqueles que a exercem. Regra geral, cometem-se aos atores políticos – responsáveis pelas salvaguardas da atuação do Estado – o oferecimento e a institucionalização dessa rede de proteção que aconchega os que fazem valer os seus direitos subjetivos.

---

[1] O autor é professor universitário. Mestre em Direito Constitucional (Universidade Federal do Ceará) e em Direito das Relações Sociais (Universidad Castilla La Mancha, instituição em que presta doutoramento). Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

Em outra ocasião, e após estudo de algum fôlego acadêmico, já dissemos que a jurisprudência constitucional espanhola instituiu a *garantía de indenidad*, vale dizer, a imunização de todos quantos exerçam um direito fundamental, inclusive o direito de ação judicial trabalhista. Protege-se o empregado contra a represália patronal que consista em ato de retaliação ou mesmo em ato de dispensa. O trabalhador europeu, por obra de construção jurisprudencial que mais tarde se converteu em lei e em *directiva* da União Europeia, tivera assim assegurado o seu retorno ao emprego sempre que dispensado em virtude de ousar a propositura de demanda judicial durante a relação empregatícia.

É incipiente, porém, a evolução jurisprudencial a respeito, no Brasil. Se cuidamos da ação judicial individual, a verdade é que o instituto está às voltas com um pensamento jurídico que confina o seu uso, contraditoriamente, aos destituídos de emprego. Quem propõe ação perante a Justiça do Trabalho não é, regra geral, o empregado, mas aquele que deixou de sê-lo. São de uma tibieza inquietante as tentativas, no campo doutrinário e sobretudo jurisprudencial, no sentido de outorgar cidadania aos trabalhadores que ainda sofrem a lesão, vivenciando-a resignadamente.

Mas ainda mais perversa, na perspectiva do empregado que suportou a violação de seus direitos em meio a uma relação trabalhista de médio ou longo tempo, é a percepção, ao desenlace do vínculo, de estarem definitivamente consolidadas as alterações contratuais lesivas que contam mais de cinco anos, não importando se o descumprimento do contrato, pelo empregador, repercutiu, insidiosamente, por todo o restante da relação laboral. Não foi dado ao trabalhador o direito de reclamar sem expor-se ao risco – em verdade, à contingência quase inexorável de perder o emprego – e agora lhe tratam como um credor relapso, daqueles que negligenciam a luta por seu direito em razão de preguiça ou inapetência. A ordem jurídica e seus operadores fazem caso do medo que o empregado tem de apresentar sua demanda judicial enquanto o vínculo e o conflito ainda existem, porque o medo não é, neste mundo onde grassa a covardia, um valor jurídico.

Decerto que se diria inviável relevar a segurança jurídica no direito do trabalho, dado que estaríamos a cuidar de valor contemplado em todo o ordenamento, nas relações civis de ordem pública ou privada. A segurança jurídica – que é, na hipótese e em última análise, a segurança patrimonial do devedor – não poderia, segundo se diz, ceder lugar à eterna incerteza sobre o dia e hora em que o trabalhador enfrentaria afinal o seu empregador, desvestindo-o da potestade exercida sobranceiramente no ambiente empresarial para desafiá-lo, testa a testa, à mesa igualitária da audiência trabalhista.

A pretexto de assim render ensejo à pacificação social, a racionalidade jurídica ignora a irrenunciabilidade dos direitos sociais adquiridos e o receio sobremodo compreensível de exercê-los. A prescrição extintiva é o modo como se manifesta a segurança jurídica, incidindo no sistema trabalhista desde a matriz constitucional: ao consagrar o direito de ação na Justiça do Trabalho, o art. 7º, XXIX da Constituição somente é lembrado pela sua parte final, a parte em que restringe esse direito às pretensões exigíveis há menos de cinco anos, na condição de que não se passem dois anos a partir da dissolução contratual[2].

[2] O poder constituinte, frise-se por justiça, não anteviu a hipóstase a que seria conduzida a prescrição, nessa leitura, com sinais trocados, do dispositivo constitucional. Denise Arantes Santos Vasconcelos (Revista LTr 73-01/92, jan/2009), citando Homero Batista Mateus da Silva, historia os debates na Assembleia Nacional Constituinte e relata, assim, que se digladiavam os defensores da não intercorrência

Houve quem defendesse, não sem boa dose de razão, que os cinco anos não prescritos seriam aqueles que antecederiam o final do liame empregatício, sem influência de quando fosse proposta a ação[3]. Este texto não contém, porém, a defesa de tal ponto de vista, inclusive porque se justifica, também com base em critério de razoabilidade, que se observe, quanto ao prazo quinquenal, a adoção do princípio *actio nata*: a prescrição flui a partir do nascimento da pretensão. Na prática, o quinquênio é contado retroativamente a partir do ajuizamento da ação, salvando-se dos efeitos da prescrição as prestações exigíveis após esse marco temporal.

6.2 *Actio nata* como termo inicial do prazo prescricional de cinco anos

Não obstante a clareza dessa ideia (*actio nata*), importa fixar dois pontos que, embora correlatos, nem sempre se apresentam consensuais. O primeiro deles é quase um truísmo: se o salário de cada mês somente é exigível no quinto dia útil do mês subsequente (art. 459, parágrafo único, da CLT), a pretensão relativa a todas as prestações salariais mensais somente prescreve cinco anos após esse prazo previsto para o seu pagamento (ex: a ação proposta em 03/mar/2010 porá a salvo da prescrição quinquenal também o salário do mês de fevereiro de 2005, de resto exigível no quinto dia útil de março de 2005).

O segundo ponto de aparente dissensão é concernente à possibilidade de uma tutela jurisdicional declaratória gerar pretensões condenatórias imunes à prescrição. Por exemplo, debate-se sobre estar ou não prescrita a inclusão, no cálculo de adicional por tempo de serviço devido no período não alcançado pela prescrição, do tempo de trabalho que, sendo reconhecido em juízo, situar-se-ia em período muito anterior, alcançado pela prescrição. A dúvida: se o tempo de trabalho é anterior ao marco da prescrição qüinqüenal, a pretensão atinente ao reconhecimento de vínculo de emprego nesse tempo longevo somente poderia ser objeto de pretensão de natureza declaratória e, portanto, questiona-se sobre ser possível essa tutela meramente declaratória gerar uma pretensão condenatória não prescrita (a saber: o cômputo desse tempo de serviço no cálculo do adicional referido).

É certo que apenas as pretensões condenatórias estão sujeitas à prescrição extintiva. A pretensão declaratória não prescreve. Mas, a bem ver, a questão posta não trata da prescrição de pretensões declaratórias, nem da imprescritibilidade de pretensões

---

de prescrição em meio ao vínculo e os que pugnavam pela manutenção do art. 11 da CLT, prevalecendo proposta intermediária. A autora conclui: "[...] a intenção do legislador constituinte foi a de resguardar ao trabalhador maiores condições de lutar por seus direitos na vigência do contrato de trabalho, mesmo estando subordinado ao empregador. Assim, se não houve a interrupção da fluência do prazo prescricional enquanto ativo o contrato de trabalho, ampliou-se esse prazo, na tentativa de reduzir os efeitos da subordinação do empregado ao poder potestativo do empregador. Portanto, a criação de uma nova hipótese de incidência da prescrição trabalhista, prevista na Súmula n. 294 do TST, cujo prazo inicia-se ainda na vigência do contrato de trabalho, apresenta-se, ao nosso ver, contrária ao texto constitucional, na medida em que não se coaduna com a exegese do art. 7º, XXIX".

[3] Plá Rodriguez se refere a uma histórica decisão do Tribunal Constitucional italiano nesse sentido (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho.* Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 217). Plá observa, sobre o início do prazo prescricional: "Talvez o documento mais significativo nesse sentido seja a sentença do Tribunal Constitucional italiano, datada de 10.6.66, na qual se afirma que o prazo não começa a ser contado senão a partir do término do contrato de trabalho, dada a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercer o próprio direito pelo mesmo motivo por que muitas vezes é levado a renunciá-lo, ou seja, pelo temor da despedida: de sorte que a prescrição, decorrente durante a relação de trabalho, produz justamente o efeito que o art. 36 da Constituição (italiana) procurou evitar, proibindo qualquer tipo de renúncia, inclusive a que, em situações particulares, pode estar implícita na falta de exercício do próprio direito, e portanto no fato de deixar-se correr a prescrição'".

condenatórias. Ao que parece, confunde-se o termo inicial da prescrição – que é, regra geral, a exigibilidade da pretensão – com o fato gerador dessa mesma pretensão.

O direito do trabalho nunca deu guarida a essa confusão: ao tempo em que se postulava a indenização de antiguidade (art. 478 da CLT), calculava-se essa parcela em atenção a todo o tempo de serviço, décadas ou vintenas de trabalho que estariam no período alcançado pela prescrição (à época bienal). Não importava: desde que ajuizada a ação no biênio seguinte à cessação do contrato, todo o tempo de labor era considerado, pois o fato gerador da obrigação não interferia na contagem do prazo prescricional – que fluía a partir da exigibilidade da indenização, vale dizer, da dissolução contratual.

Uma ilustração seria elucidativa. Pense-se na indenização prevista na Súmula 291 do TST, que corresponde à média mensal de horas extras para cada ano ou período igual ou superior a seis meses em que tenha havido a sobrejornada. Se o empregado houvesse prestado horas extraordinárias durante vinte anos, computar-se-ia a média mensal de todo esse tempo no cálculo da indenização? Depende. Caso o empregado houvesse recebido a paga dessas horas extras por toda essa vintena de anos, a resposta seria afirmativa, dado que o termo inicial da prescrição (a supressão das horas extras) não sofreria interferência da extensão maior ou menor do fato gerador do direito à indenização. Porém, se o empregado não houvesse percebido a remuneração das horas extraordinárias, somente aquelas devidas no quinquênio não prescrito incidiriam no cálculo da indenização – a prescrição quinquenal que atingiria o pleito principal (de remuneração das horas extras) contaminaria o pleito acessório de reflexo desse pagamento habitual no cálculo da mencionada indenização.

Logo, as tutelas jurisdicionais declaratórias relativas a tempo longevo podem gerar, sim, pretensões condenatórias não prescritas, desde que essas pretensões sejam exigíveis em período não alcançado pela prescrição. Interessa, frise-se uma vez derradeira, a exigibilidade da pretensão deduzida em juízo, não importando verificar a data de seu fato gerador.

6.3 Outras relevantes cizânias jurisprudenciais frente à evolução constitucional e das leis

Aceita a primeira premissa – a de o quinquenio prescritivo iniciar-se com a exigibilidade da prestação –, parece conveniente abordar aspectos da prescrição trabalhista que têm provocado acentuada inquietação jurisprudencial: 1) a dicotomia entre prescrição total e prescrição parcial, pois se revela interessante a prospecção sobre a fonte jurídica que estaria a autorizá-la ainda hoje; 2) a possibilidade de se adotar o critério *actio nata* também para o prazo bienal, que teria outro termo inicial (a cessação do contrato, sem atenção ao dia em que teria nascido a pretensão) na carta constitucional.

6.3.1 Os fundamentos *tradicionais* da prescrição total de cinco anos

Conforme mencionamos em escrito anterior[4], poderia questionar-se o estudioso da ciência jurídica: não seria a *prescrição trabalhista*, sob o enfoque prático, a *renúncia tácita* de um direito *irrenunciável?* Se o direito trabalhista é indisponível e a sua inobservância faz nula a cláusula ou alteração contratual infringente, como compatibilizar a *prescrição trabalhista* com o axioma universal de que *contra ato nulo*

[4] Nessa passagem do texto, reproduzimos o que explicamos no tópico correspondente à prescrição, capítulo sobre princípios, subtítulo princípio da irrenunciabilidade, do livro Direito Individual do Trabalho, de nossa autoria, publicado pela editora Forense.

o direito não prescreve (art. 169 do Código Civil)? Duas regras seriam, aqui, inolvidáveis:

I. A primeira regra é atinente ao aspecto de esses direitos imprescritíveis não impedirem a prescrição das prestações pecuniárias correspondentes. Por exemplo, o direito a alimentos gera pretensão imprescritível, mas a pretensão para haver prestação alimentícia prescrevia em cinco anos[5] e atualmente prescreve em dois anos[6].

II. A segunda regra tem a ver com o grau de indisponibilidade que, a depender da origem, o direito trabalhista ostenta. Em vista disso, os juslaboralistas usam diferenciar a *prescrição parcial* (que alcança apenas as prestações exigíveis antes do prazo extintivo) da *prescrição total* (que atinge todas as prestações, inclusive aquelas com exigibilidade recente, caso a lesão tenha ocorrido antes do prazo liberatório).

E que direito trabalhista apresentaria um grau maior (ou menor) de indisponibilidade? Lembra Délio Maranhão[7] que, em matéria de trabalho e diversamente do que ocorre no direito comum (em que a regra é a da disponibilidade dos direitos privados patrimoniais), "a indisponibilidade dos direitos prende-se à natureza predominante dos interesses em jogo".

O citado mestre explica haver indisponibilidade absoluta quando "a tutela legal do trabalho envolve, predominantemente, interesse público (salário mínimo: artigo 7º, IV, da Constituição) ou interesse abstrato da categoria (normas resultantes de convenção coletiva ou sentença normativa)". Há indisponibilidade relativa quando, "por ser o direito, em princípio, disponível, tutelando, predominantemente, interesse individual, cabe ao seu titular a iniciativa de defendê-lo, como no caso do salário do contrato".

Plá Rodriguez[8] nomina vários laboralistas que propõem essa graduação da indisponibilidade, enfatizando que somente De La Cueva e De Ferrari teriam sustentado que todas as normas trabalhistas seriam irrenunciáveis. A Súmula 294 do TST orienta:

> "Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei".

Esquematizando a matéria:

lesão a direito previsto em lei ➔	*indisponibilidade absoluta* ➔	**PRESCRIÇÃO PARCIAL**
lesão a direito não previsto em lei ➔	*indisponibilidade relativa* ➔	**PRESCRIÇÃO TOTAL**

O Tribunal Superior do Trabalho pareceu reduzir, portanto, as hipóteses de prescrição parcial (menos prejudiciais ao trabalhador), quando, ao editar a Súmula 294

---

[5] Artigo 178, §10, I, do Código Civil de 1916.

[6] Artigo 206, §2º, do novo Código Civil.

[7] MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* Atualização por Luiz Inácio Barbosa Carvalho. Rio de Janeiro : Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 40.

[8] PLÁ RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 164. A propósito da graduação da indisponibilidade do direito trabalhista, o autor refere as classificações propostas por Barassi, Gottschalk, Durand e Jaussaud, Horacio Ferro e Deveali.

da súmula de sua jurisprudência, não se referiu às normas abstratas de categoria (sentenças normativas, convenções e acordos coletivos de trabalho), reportando-se apenas às normas contempladas em lei. Voltando, portanto, à orientação prevalecente, alguns exemplos poderiam aclará-la:

I) Considerando um contrato ainda em vigor ou que tenha cessado há menos de dois anos (conforme artigo 7º, XXIX, da Constituição, o transcurso desse biênio, a partir da extinção do contrato, faria prescrita toda e qualquer pretensão relativa ao vínculo de emprego), imaginemos uma redução salarial ocorrida há sete anos. Duas resoluções possíveis: a) se a redução fez o salário menor que o mínimo legal ou convencional, o empregado terá direito apenas às diferenças salariais exigíveis nos cinco anos que antecederam a sua ação judicial - prescrição parcial; b) se a redução alterou, para menos, apenas o salário *contratual*, sem inobservância de texto de lei, a prescrição, sendo suscitada, será total, nenhuma diferença salarial sendo assegurada ao empregado.

II) Na mesma relação de emprego imaginada no exemplo precedente, especulemos agora sobre a alteração da jornada de trabalho, que teria sido dilatada de seis para oito horas há dez anos. Por igual, duas soluções: a) se há jornada reduzida por obra de lei, a prescrição será parcial, sendo devidas, como horas extraordinárias, a sétima e a oitava horas prestadas além do limite legal ou convencional; b) se a jornada de seis horas era meramente *contratual*, a alteração dessa cláusula do contrato ter-se-á consolidado após o transcurso dos cinco anos seguintes, nada sendo devido ao empregado que deixara o prazo se exaurir sem propor a ação judicial devida – prescrição total.

No campo conceitual, cabem, todavia, mais duas relevantes observações a respeito da distinção entre prescrição total e prescrição parcial: não se confunde a prescrição bienal que flui a partir da cessação do contrato (por alguns chamada igualmente de prescrição total) com a prescrição que é total e qüinqüenal. A prescrição total a que se refere a Súmula 294 do TST é a quinquenal (sob a vigência da Constituição de 1988[9]), não se distinguindo da prescrição parcial em razão do prazo prescritivo, mas sim pelo efeito devastador que gera, sequer pondo a salvo as prestações exigíveis no lustro anterior ao ajuizamento da ação. Segunda observação: a norma contra cuja violação corre prescrição parcial é a norma inserta em regra legal (em vigor), e não em normas constitucionais, que estão em um grau maior de abstração. Tratemos de pôr em análise essa última observação.

---

[9] TST, 5ª Turma, Proc. n. RR 467793/98, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. em 03/04/2002, DJ 19/04/92. No mesmo sentido: TST, 2ª Turma, Proc. RR 360063/97, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, j. 18/12/2001, DJ 01/03/2002. Até ser editada a Constituição de 1988, o prazo de prescrição parcial, no âmbito trabalhista, era de dois anos, como se verifica, *exempli gratia*, de excerto do acórdão que figurou como caso-líder da Súmula 294 do TST, da lavra do min. Marco Aurélio: "[...] a esta altura é dado concluir que estando o direito às parcelas assegurado por preceito imperativo, a prescrição é sempre parcial, alcançando apenas a demanda alusiva àquelas que se tornaram exlgiveis em período anterior ao prazo assinalado em lei para a propositura da ação, o qual, no campo trabalhista, ê de dois anos. O titular do direito atual e inobservado o invoca não com base no contrato, mas na lei, cujas disposições colocara em plano secundário a vontade das partes. Este aspecto levou ORLANDO GOMES ã adjetivação mencionada. O direito em si à parcela, porque previsto em preceito imperativo, é, para repetir o mestre baiano, inesgotável, enquanto existir a relação jurídica que aproxima empregado e empregador e os torna detentores de obrigações e senhores de direitos" (TST-IUJ-RR 6928/86.3, Tribunal Pleno, Ac. TP 556/89, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/04/1989).

6.3.2 A prescrição total contra a pretensão de matriz constitucional

Entre os direitos de indisponibilidade absoluta, vimos que o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição no sentido de somente aqueles previstos em lei *stricto sensu* desencadearem, quando violados, o prazo de prescrição parcial. Poder-se-ia argumentar que, sendo superior à regra legal, a norma constitucional também deveria, se infringida, dar ensejo à prescrição somente das parcelas exigíveis no último qüinqüênio (prescrição parcial), e não à prescrição total. Isso importaria, por exemplo, a adoção da prescrição parcial em todos os casos de redução salarial, pois o artigo 7º, VI, da Constituição estaria, nesses casos, malferido. Vemos com absoluta docilidade esse ponto de vista.

A orientação pretoriana que tem prevalecido é, contudo, firme ao aplicar a prescrição parcial somente em casos de violação de lei, em sentido estrito. A alteração de cláusula do contrato, que agride a norma constitucional mas não um preceito de lei, consolida-se cinco anos depois, pois contra ela corre prescrição total, e não de parcelas. Exemplo dessa posição está na orientação jurisprudencial n. 248 da SDI I do TST, que trata da redução do percentual de comissões, um caso típico de redução salarial. O Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que o ato patronal é único, não havendo violação de lei após a sua prática, mas somente na hora de seu cometimento. Contra o ato único do empregador, que fere apenas o contrato, flui a prescrição total, que se opera quando passados cinco anos, contados do ato de alteração contratual.

O mesmo se dá na redução salarial que ocorre por via oblíqua, por exemplo, quando o empregador que contratou e realiza o pagamento de triênios reduz indiretamente essa vantagem, passando a pagar qüinqüênios[10]. E seguindo a mesma toada, a orientação jurisprudencial n. 242 da SDI I do TST é, noutra hipótese, taxativa: "Embora haja previsão legal para o direito à hora extra, inexiste previsão (legal) para a incorporação ao salário do respectivo adicional, razão pela qual deve incidir a prescrição total".

Ademais, a lei infringida deve estar em vigor, para que a prescrição aplicada seja a parcial. Quando empregados de todo o Brasil postularam reajustes salariais suprimidos por planos econômicos de governo, a jurisprudência trabalhista se posicionou no sentido de a revogação das leis, que previam os citados reajustes, reduzir ao contrato a fonte do direito. Por isso, a orientação jurisprudencial n. 243 da SDI I do TST, que recomenda a prescrição total nessa hipótese.

6.3.3 A possível influência do atual Código Civil no debate sobre a prescrição total de pretensão fundada em nulidade

A nosso pensamento, está a merecer alguma reflexão a importância que o direito do trabalho ou, em verdade, os seus mais qualificados intérpretes têm dado ao princípio da segurança jurídica, em rota sempre ascendente de prestígio a esse postulado e à consequente sublimação da modalidade de prescrição que mais acentuadamente o contempla, a prescrição total. Parece que se foi longe demais, desacoplando-se assim o direito laboral da árvore do direito comum que, em direção oposta, tem consagrado a imprescritibilidade da pretensão derivada de ato nulo.

O que justifica a existência do direito do trabalho não é a instituição de marcos regulatórios para a atividade empresarial, pois dessa tarefa podem cuidar, com séculos de valiosa experiência, outros ramos do direito privado. A proteção à dignidade

[10] *Vide* orientação jurisprudencial n. 76 da SDI I do TST.

humana é o seu verdadeiro foco, o seu marco regulatório, cabendo a esse setor do Direito, à doutrina e à justiça especializada revelar o conteúdo dos direitos fundamentais de índole social e trabalhista, sempre de modo a assegurar existência e trabalho dignos a todos quantos os titularizem.

A máxima efetividade dos direitos fundamentais talvez não combine facilmente com a consolidação de atos que lhes sejam lesivos, pondo à prova a *fundamentalidade* desses direitos. Mas é da validação de tais atos (supostamente nulos) que se cuida quando a jurisprudência trabalhista consagra a prescrição total de pretensões atinentes à redução de salário contratual. A Constituição proscreve não somente a redução do salário legal, mas igualmente o ato patronal que reduz o salário ajustado e assim desestabiliza o meio primário de subsistência do homem que trabalha, perturbando a sua vida familiar e gregária, comprometendo enfim o valor social que é conquista imanente ao seu trabalho e é também um valor constitucional. A negociação coletiva é o único modo de legitimar a redução de salário contratual que esteja a ameaçar a sobrevivência da empresa (art. 7º, VI da Constituição) – fora daí há violação de direito fundamental.

E qual, afinal, a regra do Código Civil em vigor sobre os efeitos da prescrição que corre contra a alteração contratual ilícita? Esqueçamos, por um instante, a regência da relação de emprego pelo direito do trabalho e, aproveitando somente a nulidade nele estabelecida para as alterações contratuais lesivas (art. 468 da CLT), indaguemos ao direito comum a regra sobre prescrição a ser aplicada à espécie.

De início, vale a pena constatar a preocupação, no novo compêndio, de distinguir os casos de prescrição e decadência. O atual código traça uma linha divisória entre os casos nos quais há vícios de vontade que geram anulabilidade do contrato e aqueles outros que dão origem a nulidade contratual. A razão é simples: a anulabilidade exige a intervenção judicial e, por isso, a pretensão contra a cláusula contratual lesiva é de natureza constitutiva, atraindo assim a incidência de prazo decadencial; por sua vez, a nulidade opera sem necessidade de declaração judicial, gerando efeito *ex tunc* e pretensão condenatória, o que basta para atrair a incidência de prazo prescricional. É lição de propedêutica que a decadência atinge pretensões constitutivas (ou desconstitutivas) e a prescrição alcança pretensões condenatórias.

As hipóteses de nulidade e de anulabilidade atendem à política legislativa. A simulação, por exemplo, era vício de consentimento que gerava anulabilidade sob a regência do Código Civil de 1916 e implica nulidade a partir do novo código (art. 167[11]). Os vícios de consentimento que implicam a anulabilidade da avença, no atual código, são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores[12]. Em todos esses casos, há necessidade de ação (des)constitutiva com vistas à rescisão contratual e, por isso, o prazo previsto para essa ação é decadencial[13] – sem que

---

[11] Art. 167 CC - É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

[12] Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I - por incapacidade relativa do agente;
II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

[13] Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;
II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

se vislumbre um direito preexistente, a inércia da parte inocente impede o surgimento do direito à dissolução contratual.

Sob a regência da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 468[14]), a coação moral ou econômica que se presume nas alterações prejudiciais intercorrentes ao contrato impõe a nulidade, assim também sucedendo com o ato resultante da tentativa de fraudar ou desvirtuar a proteção trabalhista[15]. A diferença de tratamento quanto à coação e à fraude, quando comparada a legislação trabalhista com a civil (que prevê, de modo mais brando, a anulabilidade nesses casos), justifica-se pela singela circunstância de o vínculo de emprego ser caracterizado pela debilidade de um dos seus atores, vulnerabilizado pela premência de subsistir com o salário, enquanto há salário.

Houve tempo em que as categorias jurídicas hauridas no direito civil eram assimiladas com acentuada reserva pelos juslaboralistas, pois não se compatibilizava com os princípios do direito do trabalho aquele conjunto de regras extremamente formal (abstraía-se das causas do contrato e da boa-fé objetiva) e de inspiração individualista (o fim social da empresa e dos direitos patrimoniais escapava das balizas do *pacta sunt servanda*).

A verdade, porém, é que o Código Civil de 2002 é boa centelha. Nasceu sob os viçosos pálios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, como tantas vezes proclamou o jurista Miguel Reale. Entrou em cena, portanto, para realizar o postulado da dignidade humana e, não bastasse tão auspicioso desígnio, corrigiu atecnias da lei anterior de modo a permitir que os seus princípios e regras ganhassem efetividade.

O direito laboral será sempre o sistema compensatório da desigualdade no mundo do trabalho, sendo imprescindível a produção metódica e analítica das normas que visam atender a esse desiderato, com os olhos voltados à pacificação social. Mas é certo que o direito do trabalho não é um departamento estanque na ordem jurídica, alheio à necessidade de interagir com outros sistemas jurídicos que porventura avancem, mais acesamente, na definição de seus conceitos ou no aperfeiçoamento de suas regras de proteção. Se a norma de direito civil deu nova conformação à invalidade do contrato, explicitando o modo como devem interagir a nulidade contratual e a prescrição extintiva, cabe ao intérprete do direito do trabalho consultar o novo regramento para somente depois resolver acerca de sua possível subsidiariedade.

Sobre o tema, estabelece o art. 169 do Código Civil que "o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo". A norma encerra antiga polêmica entre modelos hermenêuticos, mas a inovação é sobretudo de forma, vale dizer, inova-se a inserção da regra no direito positivo para que se dissipem as dúvidas inconvenientes. Moreira Alves[16], usando de elogiável capacidade de síntese, esclarece:

> Inovando, o artigo 169 determina que "o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo". Em se tratando de negócio jurídico nulo, também no direito romano se acha a regra de Paulo, segundo a qual "*quod initio viciosum est, non potest tractu temporis convalescere*" (D. 50.17.29). Todavia, em

[14] Art. 468 CLT - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

[15] Art. 9º CLT - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

[16] ALVES, José Carlos Moreira. *O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas*. Disponível em: http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm

> hipóteses excepcionais, e por determinação do ordenamento jurídico, pode validar-se um negócio jurídico originariamente nulo com a confirmação dele pela pessoa que possa valer-se de sua nulidade (cfe. Fr. Vat. 294; D. 31.77.17; D. 32.33.2; D. 34.2.13).

Em rigor, a jurisprudência reclamava a imprescritibilidade do ato nulo e, a bem dizer, já a afirmava quando a cuidar de interesses e valores de variado matiz. Precedente do Superior Tribunal Justiça revelam essa senda:

> CIVIL - COMPRA E VENDA DE IMOVEL - NULIDADE DA ESCRITURA - PRESCRIÇÃO - MATERIA DE FATO.
> I- Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de que, em princípio não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.
> II- Matéria de prova em que se forrou a causa, não se a examina no especial.
> III- Recurso não conhecido.
> (REsp 12.511/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 08/10/1991, DJ 04/11/1991 p. 15684)

Também a doutrina assim se posicionava, como se extrai das lições de Caio Mário da Silva Pereira[17]:

> "O ato nulo é frustro nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: *quod nullum este nullum producit effectum.* [...] Nem a vontade das partes nem o decurso do tempo pode sanar a irregularidade. A primeira, para tanto, é ineficaz, por não ser o ato nulo passível de ratificação. O segundo não opera o convalescimento, senão *longi temporis*, porque o defeito de origem subsiste, até que a autoridade judiciária pronuncie a ineficácia: *quod ab initio vitiosum este non poteste tractu temporis convalescere".*

É de se reiterar, entretanto, que a imprescritibilidade da pretensão consequente de ato nulo não implica *ipso jure* a imprescritibilidade da pretensão trabalhista de natureza condenatória que lhe é correlata, pois é certo que a Constituição impõe a prescrição das parcelas após o quinto ano de sua exigibilidade (art. 7º, XXIX). Assim poderíamos sintetizar: a alteração contratual nula não convalesce após cinco anos, embora prescrevam as prestações, apenas as prestações correspondentes, se devidas mais de cinco antes do ajuizamento da ação.

Ilustrando essa ideia, dir-se-ia que a adoção da regra de direito civil, na relação de emprego, resultaria na aplicação somente da prescrição parcial em todos os casos nos quais incidisse a nulidade prevista no art. 468 da CLT, ou seja, prescreveriam apenas as parcelas exigíveis antes do prazo quinquenal sempre que se postulassem horas extras em razão de alteração contratual relativa, por exemplo, ao elastecimento de jornada ajustada ao início do vínculo ou, noutra hipótese, à redução direta ou indireta de salário previsto em contrato. A alteração contratual, por ser nula, não convalesceria pelo decorrer do tempo, não obstante as prestações devidas em razão da citada alteração estivessem sujeitas à prescrição quinquenal.

6.3.4 A jurisprudência trabalhista sobre a prescrição da pretensão que investe contra o negócio jurídico nulo

A regra de direito civil, a da imprescritibilidade da pretensão alusiva aos efeitos de ato nulo, já predominou no direito do trabalho. Dela cuidava o antigo Pré-julgado 48 do TST[18], mais adiante convertido no antigo Enunciado 168 do TST:

---

[17] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 641.
[18] Caso-líder: E-RR 836/74.

> "Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição e sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina".

Mas percebe-se que esse modo de compreender e aplicar a prescrição vigorou plenamente, na jurisprudência trabalhista, somente até 25/mar/1985, ou seja, até quando o órgão máximo da Justiça do Trabalho editou o Enunciado 198 e, com ele, a regra de restar inexigível, após o decurso do prazo de prescrição trabalhista (à época de dois anos), a pretensão nascida de ato único do empregador. Predizia o Enunciado 198 do TST:

> "Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito"

A expressão "ato único do empregador" mostrou-se, em verdade, extremamente dúbia[19], pois rendia ensejo a pelo menos três significados: a) o ato patronal de efeito instantâneo (*v.g.* um ato punitivo de advertência ou suspensão disciplinar, ou ainda um desconto salarial em mês específico); b) o ato patronal que, não consistindo em alteração do contrato, surtia efeitos que repercutiam na continuidade do vínculo (*v.g.* o enquadramento funcional); c) a alteração unilateral do contrato com efeitos igualmente sentidos no restante da relação laboral (*v.g.* a transferência abusiva para outra localidade, a redução do salário contratual, o aumento da jornada sem extrapolação do limite legal).

Se era para fazer alusão ao primeiro desses significados, o novo verbete (Enunciado 198), por dizer o óbvio, não parecia necessário. Provavelmente por essa razão, seis dos ministros que integravam o Pleno do TST votaram pela desnecessidade da alteração[20], outros três se insurgindo contra a sua redação[21]. É certo que, no âmbito trabalhista, a Constituição atual inviabiliza, por ora, o debate sobre o tema, pois impõe[22] a prescrição de cinco anos a partir da exigibilidade da pretensão e, na hipótese sob análise, inexistiriam pretensões exigíveis no quinquênio que antecederia a propositura da ação. Logo, a prescrição total incide inexoravelmente contra a pretensão esgrimida para invalidar o ato único do empregador, nessa sua primeira modalidade.

O mesmo se diz no tocante à prescrição total do segundo tipo de pretensão, qual seja, aquela que se rebela contra ato patronal não caracterizado como alteração do contrato mas cujos efeitos refletem no restante da contratualidade. É, ilustrativamente, o caso de enquadramento em plano de cargos e salário que se mostre lesivo ao trabalhador. A inércia do empregado faz consolidar-se o enquadramento original e supostamente ilícito, não obstante se salvem as diferenças salariais que derivem de

---

[19] À época em que se julgou o IUJ por meio do qual se editou a Súmula 294, o voto vencido do Ministro Barata Silva traduziu a perplexidade dos membros do TST a propósito do sentido que deveriam dar à expressão "ato único do empregador": "Via de regra, todo ato lesivo ao empregado, atinge-o no salário, e desta forma, alcança prestações de trato sucessivo. Por outro lado, ê sempre possível que o empregador atue de forma a modificar as condições contratuais, com prejuízo para o trabalhador, e nesse sentido, todas essas modificações, tais como, supressão de horas extras habituais, alteração do critério de pagamento de determinada parcela, desvio de função, etc, poderiam facilmente ser caracterizadas como ato único do empregador e, mesmo repercutindo em prestações de trato sucessivo, tenderiam a configurar a hipótese contida no Enunciado n. 198 desta Corte." Ainda sobre a dubiedade da expressão "ato único", ver Denise Arantes Santos Vasconcelos (*op. cit.*, p. 93).

[20] Ministros Alves de Almeida, João Wagner, Orlando Teixeira da Costa, Hélio Regato, Pajehü Macedo Silva e Coqueijo Costa.

[21] Ministros Fernando Franco, Ildélio Martins e Marco Aurélio.

[22] Impõe-no o art. 7º, XXIX da Constituição, sem que norma inferior elasteça, como poderia elastecer (art. 7º, *caput*), o prazo assim previsto.

desvio funcional no caso de se verificar que a norma regulamentar violada ainda subsiste no período não alcançado pela prescrição (Súmula 275 do TST[23]).

A adoção da prescrição total na terceira hipótese é, porém, susceptível a crítica no momento atual. É que já agora teríamos uma alteração unilateral e prejudicial ao empregado, que se revelaria nula com base no art. 468 da CLT, não convalescendo essa nulidade pelo decurso do tempo em vista da incidência do art. 169 do Código Civil. Nada há no texto da Constituição ou da CLT que imponha ou sugira a prescrição total referida, para a espécie, pela Súmula 294 do TST:

> "Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, à prescrição é total, exceto quando o direito â parcela esteja também assegurado por preceito de lei"[24]

À leitura do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência por meio do qual o Pleno do TST deliberou pela edição da Súmula 294, observa-se que o eminente Ministro Marco Aurélio, relator do IUJ[25], enumerou – assim procedendo em sintonia com as conjecturas jurídicas daquele momento – os motivos que o faziam receptivo à adoção da prescrição total sempre que o direito violado não estivesse contemplado em lei. Os seus fundamentos poderiam ser assim esquematizados:

A) Em princípio, o engessamento das cláusulas contratuais deveria ser questionado sob o argumento seguinte: “Os preceitos legais trabalhistas encerram garantias mínimas ao trabalhador, em virtude de intervenção do Estado com o fito de corrigir o desequilíbrio econômico entre as partes contratantes. Observando-as (que) as partes podem, a partir daí, contratar o que melhor lhes aprouver. Frente ao contido nos artigos 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, diz-se, então, que as normas trabalhistas são imperativas quanto aos interesses dos empregados e dispositivas em relação àqueles que se colocara no âmbito do patrimônio do empregador. Os avanços patronais no campo social são plenamente válidos e devem ser estimulados, porquanto oportuno se mostra o princípio da autonomia na manifestação da vontade”.

B) A CLT conteria dois dispositivos que tratavam da prescrição (artigos 11 e 119), sendo que enquanto o art. 11 estaria a estabelecer que “prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido", o art. 119, no capítulo regente do salário mínimo, seria explícito quanto à adoção da prescrição parcial: “Prescreve em 2 (dois) anos a ação para reaver a diferença, contados,

---

[23] SUM-275 PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento.

II - Em se tratando de pedido de reenquadramento, a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado.

[24] Sobre o tema, observa Denise Arantes Santos Vasconcelos (*op. cit.*, p. 92) que “a definição da prescrição total encontra-se, hoje, consubstanciada na Súmula n. 294 do TST”. Em nota, a autora remata que, “nesse sentido, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho ao editar a Súmula n. 409 que dispõe: ‘409 – Ação rescisória. Prazo prescricional. Total ou parcial. Violação do art. 7º, XXIX, da CF/88. Matéria infraconstitucional [...] – Não procede ação rescisória calcada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/88 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial [...]’”.

[25] TST-IUJ-RR 6928/86.3, Tribunal Pleno, Ac. TP 556/89, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/04/1989.

para cada pagamento, da data em que o mesmo tenha sido efetuado". Portanto, a regra geral seria a prescrição total, reservando-se a prescrição parcial para as hipóteses de violação de preceito imperativo.

C) A prescrição da pretensão relativa à invalidade da alteração contratual contaminaria a pretensão concernente às prestações salariais mais recentes. Sob a égide da Constituição de 1967 e do antigo Código Civil, assim se manifestou, em seu voto vencedor, o Ministro Marco Aurélio: "O legislador trabalhista pátrio, atento ao caráter informativo dos princípios de direito, teve presente o da irrenunciabilidade, apontando como elemento definidor da licitude da alteração contratual a ausência de prejuízo para o empregado, ficando relegada a plano secundário a manifestação de vontade deste. A pedra de toque do sistema é, portanto, o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ora, se o empregador, contando, ou não, com a manifestação de vontade do empregado, causa-lhe prejuízo ao alterar o que fora contratado além da garantia mínima prevista em lei, dúvidas não pairam sobre o cometimento de um ilícito trabalhista, a teor do disposto no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, no que assegura não o direito em si a qualquer parcela, mas à intangibilidade do contrato de trabalho. Verificado o ato, surge no patrimônio do prestador dos serviços um direito atual - o de ver mantidas as condições primitivas - e exigível: neste instante nasce o direito de ação. A partir do surgimento da ação exercitável tem início a contagem do prazo prescricional. O empregado conta com dois anos para pleitear a declaração e a reparação do direito, no interesse de preservar o statu quo ante, com o pagamento das diferenças das parcelas satisfeitas de forma imprópria, ou seja, com base nas condições que resultaram da alteração do contrato. Decorridos mais de dois anos da prática do ato violador do direito via alteração do contrato de trabalho, forçoso é concluir pela prescrição total. As diferenças pleiteadas não têm vida própria. A condenação em satisfazê-las pressupõe o julgamento da controvérsia em torno da modificação contratual introduzida, ou seja, o exame do ato do empregador frente ao disposto no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Se quanto a esta pretensão a demanda já se encontra fulminada pelo biênio, quanto â outra descabe falar em prescrição parcial. As diferenças pleiteadas consubstanciam direito acessório, jungidas ao principal, no caso, aquele pertinente à preservação das condições contratuais, como se infere da relação entre principal e acessório instituída pelo artigo 58 do Código Civil." O ministro relator, à semelhança do procurador do trabalho que emitira parecer no IUJ, transcreveu decisão do STF nesse sentido: 'Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este,não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito ãs prestações. Do contrário seria admitir efeito sem causa' (Ac. la. Turma-STF, DJU de 11/09/81, p. 8794, RE-94.679-9-SP, Relator Ministro Soares Munõz). Da mesma forma decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE-94.136-3: 'Decreto n. 20.910/32, artigo 19 – Gratificação pro labore. Extinção da ação para obter o benefício.

> Precedentes: Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamado, a cuja postulação se deixou ficar inerte o interessado, no decurso do prazo extintivo, e não prescrição referente às prestações de trato sucessivo decorrentes de um direito reconhecido ou de uma situação permanente. Espécies distintas. Recurso Extraordinário conhecido e provido'. (STF-94.136-3, Relator Ministro Rafael Mayer, 1ª Turma, DJU de 19.09.81, p.91591).

O acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio seguiu a linha de argumentação condizente com as regras de direito civil que vigoravam à época. Não havia dispositivo legal que assegurasse a imprescritibilidade dos efeitos do ato nulo e, na seara trabalhista, era mesmo ampla, como de resto ainda é, a doutrina que distingue a indisponibilidade absoluta dos direitos previstos em lei da indisponibilidade relativa dos direitos previstos apenas em contrato ou norma não estatal, justificando-se a aplicação da prescrição parcial somente na primeira hipótese.

Nos dias que correm, a matriz jurídica é bem outra: suprindo a omissão das leis trabalhistas (e da antiga lei civil), teríamos o art. 169 do Código Civil a consagrar que negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso do tempo, prestando-se a especificidade do direito do trabalho para agregar que a alteração contratual que prejudica o empregado é nula e, portanto, insusceptível de prescrição que a consolide.

De jure ferenda, dir-se-ia que não persiste a relação de acessoriedade entre a prescrição que afetaria a nulidade da alteração contratual e, por derivação, a prescrição das parcelas salariais daí decorrentes, pois a alteração contratual que contraria o art. 468 é nula e não susceptível de prescrição, sob a nova ordem. Logo, salvam-se as prestações salariais exigíveis no quinquênio que antecede a propositura da ação judicial. A subsidiariedade das normas compatíveis de direito comum, autorizada pelo art. 8º da CLT, conduz inexoravelmente a esse desfecho.

Acerca dos argumentos metajurídicos revisitados pelo Ministro Marco Aurélio, especialmente a premissa de que "os avanços patronais no campo social são plenamente válidos e devem ser estimulados, porquanto oportuno se mostra o princípio da autonomia na manifestação da vontade", caberia ponderar que estamos, já agora, sob a regência de uma ordem constitucional que elevou a direito fundamental a irredutibilidade do salário originalmente previsto em contrato e excluiu desse espectro apenas a redução salarial ocorrida pela via da negociação coletiva. Há, visivelmente, uma nova conformação para os valores jurídicos sob exame. Os dispositivos que consagram a liberdade de empreendimento a associam à dignidade humana e à valorização do trabalho (artigos 1º, III e 170 da Constituição), não a contemplando como um valor *per se:* só há livre iniciativa se justa é a condição de trabalho.

De tudo se extrai a propriedade da tese que consubstanciaria o resgate da regra outrora consagrada pela Súmula 168 do TST, porquanto a adoção universal da prescrição parcial reincluiria o direito do trabalho no sistema de direito privado que proscreve a consolidação jurídica de atos nulos, quaisquer atos nulos.

6.3.5 A extinção do contrato como único termo inicial da prescrição bienal

Outra matéria instigante é, como visto, acerca da possibilidade de se aplicar, por extensão, o prazo bienal de prescrição a hipóteses não mencionadas na carta constitucional. E a primeira observação, na espécie, diz com a característica de o biênio

prescritivo ter-se desgarrado, sob a vigência da Constituição de 1988, da premissa segundo a qual os prazos de prescrição devem iniciar-se com o surgimento da pretensão.

O princípio *actio nata* tende à universalidade, mas a ordem jurídica pode consagrar uma ou outra exceção. Desde que a prescrição não flua, em atentado à lógica, desde antes do nascimento do direito correspondente de ação, é certo que a lei pode estabelecer um termo inicial diferenciado para algum prazo prescricional, um termo inicial que porventura não coincida com o aparecimento da pretensão. É o caso, por exemplo, do biênio prescritivo instituído a partir da dissolução do contrato (art. 7º, XXIX da Constituição).

Embora a prescrição trabalhista quinquenal se inicie com a lesão ao direito, o poder constituinte estabeleceu um limite secundário, a ser observado nos casos em que há a cessação do vínculo de emprego. Comportando restrição de direito e, portanto, interpretação restritiva, o prazo bienal somente se opera quando o liame empregatício se dissolve e a partir da data na qual esse evento acontece. Fora daí, seria de aplicar-se apenas a prescrição quinquenal.

Há, porém e pontualmente, a adoção, pela jurisprudência trabalhista, do prazo bienal de prescrição em temas que não lhe são afetos. Algumas cortes regionais o aplicam, por exemplo, quando pronunciam a prescrição intercorrente ou mesmo a prescrição da pretensão executória (art. 884, §1º da CLT), a pretexto de que o fazem em razão de a relação jurídica já haver cessado. Adotam a prescrição de dois anos porque o contrato se rompeu, quando a Constituição só a contempla *a partir do* fim do contrato, não o aplicando pelo fato singelo de o contrato haver terminado. O critério constitucional para a adoção do prazo bienal é alusivo à *contagem* do prazo, mas a jurisprudência inova um critério de *cabimento* que a norma constitucional não reconhece.

Outra vertente jurisprudencial que incorre na mesma senda, a de ajustar a prescrição bienal a hipótese não prevista na Constituição ou em lei, é aquela que faz perdurar, sem ressalva, a vigência da Súmula 326 do TST, a saber:

> "Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria"

Se a jurisprudência constitucional já se consolidou no sentido de a aposentadoria espontânea não implicar a terminação do vínculo de emprego, por que haveria de a prescrição bienal fluir a partir da aposentadoria? Não é fácil identificar a base jurídica para a preservação dessa corrente jurisprudencial. Mormente quando a lesão (pagamento de benefício em valor menor que o previsto) ocorre sempre após a aposentadoria já se ter consolidado, ao menos no mês seguinte àquele em que se aposentou o trabalhador segurado – o mês no qual recebe a primeira mensalidade de seus proventos.

Inquietante é a hipótese em que a complementação dos proventos da aposentadoria se inicia algum tempo após o contrato cessar e mesmo depois de o empregado aposentar-se. É o que se dá, *exempli gratia*, quando o trabalhador continua a contribuir para o plano de previdência privada depois de dissolver-se o seu emprego e após estar recebendo os proventos da aposentadoria pagos pela Previdência Social, assim persistindo até completar o período aquisitivo de seu direito à citada complementação, a ser paga pela entidade de previdência privada. A simples adoção da Súmula 326 implicaria a imposição de prescrição (bienal) que se iniciaria antes do

direito subjetivo de ação surgir, havendo precedentes do TST que, nesse caso, não aplicam tal verbete por essa óbvia razão.

6.3.6. Súmulas 326 e 327 do TST – a complementação de proventos da aposentadoria

Há grandes empresas que instituem planos de complementação de proventos da aposentadoria com vistas a impedir que os seus empregados sofram redução em seus ganhos quando optarem por dela se afastar, na ocasião em que se aposentarem. É de se observar que o trabalhador insatisfeito com o valor fixado para esse complemento não estaria mais submisso ao poder patronal, pois ter-se-ia aposentado e deliberado afastar-se do emprego.

Logo, pareceria, nessa hipótese e à primeira vista, mais consentânea a tese da prescrição total, ou seja, a ideia de submeter toda a pretensão, não apenas as parcelas exigíveis antes do quinquênio, aos efeitos da prescrição. Após acesa controvérsia, o TST posicionou-se sobre o tema em 1993, distinguindo duas hipóteses que foram bem retratadas nas súmulas 326 e 327 de sua jurisprudência. Depois de sofrerem emendas de redação que não contaminaram a sua essência, os mencionados verbetes hoje recomendam:

> Súmula 326 – "Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria"
>
> Súmula 327 – "Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão-somente, as parcelas anteriores ao qüinqüênio"

Em suma, quando o trabalhador aposentado nota não estar recebendo a complementação de proventos – contratada durante o vínculo – tem contra si a prescrição bienal que corre a partir da aposentadoria e a sua pretensão encontra-se inteiramente inexigível se ele deixa fluir esse prazo sem acionar o Poder Judiciário. A seu turno, o trabalhador que está recebendo a complementação de proventos, mas em valor menor que o ajustado, tem contra si a prescrição parcial quinquenal.

Não obstante judiciosa e inspirada em critérios de racionalidade, poderia questionar-se essa posição jurisprudencial por algumas razões, a que o espírito meramente investigativo e acadêmico desse trabalho não se pode furtar. Sobre a Súmula 326, já se disse da aparente impropriedade de adotar-se a aposentadoria como termo inicial de prescrição bienal, dado que a Constituição contempla somente a cessação do contrato como evento a partir do qual pode fluir a prescrição de dois anos e o STF já decidiu, em instância inexcedível, que a aposentadoria voluntária não faz cessar o emprego.

Ademais, a Súmula 327 do TST está em sintonia com a ordem jurídica quando adota apenas a prescrição parcial nos casos de diferenças da complementação de proventos. Ao rejeitar a adoção da prescrição total, mesmo quando a diferença de proventos tem como fundamento alguma alteração de norma regulamentar (sem previsão em lei), o verbete estaria, aparentemente, a recusar o critério estabelecido por jurisprudência consolidada a respeito das pretensões nascidas durante o liame empregatício. Curiosamente, o trabalhador aposentado estaria mais protegido contra a coação patronal que o seu colega que ainda se sujeita ao poder diretivo – para aquele, a prescrição parcial da Súmula 327; para este, na mesma hipótese de alteração de norma regulamentar, a prescrição total da Súmula 294.

É certo, porém, que a mudança, se sobrevier, não deverá atingir a Súmula 327 – que contempla a prescrição parcial para a pretensão concernente à diferença de complementação de aposentadoria – porque esse verbete tem, atualmente, base legal específica. A saber, o art. 75 da Lei Complementar 109/2001, que regula o regime de previdência complementar, prediz:

> Art. 75 – Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.

Ao ressalvar o direito ao benefício, mas submetendo as prestações aos efeitos da prescrição quinquenal, o citado dispositivo legal adota a regra da prescrição parcial, afinando-se com a jurisprudência que, oriunda do TST, já desde antes consagrava esse entendimento. A bem ver, inclusive para os trabalhadores aposentados, que muita vez não mais se sujeitam ao comando patronal, sobrevive fundamento consistente para a adoção da prescrição parcial. A prescrição de parcelas seria, portanto, a regra universal na seara trabalhista.

Contudo, o TST tem ampliado a aplicação da Súmula 326 para fazê-la alcançar duas hipóteses a que ela textualmente não se reporta: a incorporação de parcela jamais recebida após a aposentadoria na base de cálculo da complementação de proventos e a revisão da complementação de proventos com base em aplicação de norma regulamentar que teria sido alterada durante o vínculo. E assim sucede não obstante essas duas situações pareçam estar sob a regência do mencionado art. 75 da Lei Complementar 109/2001, que prevê a prescrição apenas parcial sempre que a pretensão é alusiva a diferença de complementação de proventos, não à própria complementação. Voltaremos ao tema no tópico seguinte, visando a confrontar essa orientação jurisprudencial com aquela que vem de ser adotada pela justiça comum, na espécie.

6.3.7 A posição do STJ sobre o tema. Súmula 85 do STJ e prescrição do fundo de direito

Está visto que o TST distingue os casos em que o trabalhador pede a complementação de proventos daquele outro no qual se postulam apenas as diferenças da complementação de proventos que já vem sendo paga. Se o pedido é de complementação de proventos, aplica-se a prescrição total de dois anos a partir da aposentadoria. Se o pedido é de diferenças da complementação que se paga, a prescrição é de cinco anos e parcial (atinge somente as parcelas exigíveis há mais de cinco anos).

A verdade é que o Superior Tribunal de Justiça tem apreciado, intensamente, a mesma matéria, ante a acesa discussão sobre a competência jurisdicional caber à justiça comum ou à trabalhista. E também é fato que o STJ aplica apenas a prescrição quinquenal (Súmula 291 do STJ), pois as pretensões que aprecia sequer envolvem o empregador, demandando-se, o mais das vezes, apenas contra as entidades de previdência privada, aquelas mesmas que costumam igualmente povoar as pautas trabalhistas.

Ainda no âmbito do STJ, há um verbete da súmula de sua jurisprudência que estabelece critérios assemelhados àqueles que equivaleriam à distinção entre prescrição total e parcial. A saber, orienta a Súmula 85 do STJ:

> “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação”.

Portanto, nos casos em que nenhuma complementação de proventos vem sendo paga, o STJ tem adotado o entendimento de que a prescrição quinquenal atinge o próprio fundo de direito[26], assemelhando-se essa orientação à da Súmula 326 do TST, salvo quanto ao prazo prescricional (que para o TST seria de apenas dois anos). Mas quando não é o próprio direito à complementação de proventos que está em debate, pois somente se postulam diferenças da complementação que já são pagas mensalmente, o STJ aplica invariavelmente a prescrição parcial, vale dizer, "a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação". Há aresto cuja transcrição é elucidativa:

> "PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PRESCRIÇÃO. AÇÕES PROPOSTAS POR SEGURADOS E POR EX-SEGURADOS: DISTINÇÃO. Se, já não sendo segurado, o autor reclama a restituição do capital investido, a prescrição qüinquenal apanha o próprio fundo do direito; se, ao revés, demanda na condição de segurado, postulando prestações ou diferenças, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas há mais de cinco anos. Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (REsp 431071/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 13/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 326)"

É iterativa a jurisprudência que emana do STJ nessa direção[27], cabendo observar que ela se distancia do entendimento do TST apenas quando a corte trabalhista estende a aplicação da sua Súmula 326 a hipóteses que não estão nela expressamente contempladas, a exemplo de quando adota a prescrição total, com base em mencionado verbete, também a casos nos quais a complementação de proventos vem sendo paga a cada mês, mas o trabalhador aposentado pede a revisão de sua base de cálculo com base em alteração no regulamento de benefícios havida durante o liame empregatício[28] ou em virtude da incorporação de parcela jamais paga após a cessação do vínculo de emprego[29]. Mesmo nesses casos, o STJ posiciona-se no sentido de aplicar a prescrição de parcelas[30].

---

[26] Nesse sentido: EDcl nos EREsp 355.376/SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Terceira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 02/08/2010.

[27] *Vide* AGRG no AG 1061205/SP, Rel. Ministro Raul Araújo Filho, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010; AgRg no REsp 1085267/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 31/05/2010; AgRg no REsp 1085267/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 31/05/2010; REsp 431071/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 13/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 326.

[28] Precedentes da SBDI 1 do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total nessa hipótese: E-ED-RR - 57800-54.2004.5.06.0001, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, julgado em 22/06/2010, DEJT 28/06/2010; E-ED-RR-279400-61.2004.5.02.0001, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT de 07/05/2010; E-ED-RR-32040-89.2003.5.15.0033, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT de 30/04/2010; E-ED-RR-247900-06.2000.5.02.0069, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DEJT de 19/03/2010; ED-E-RR-230200-11.2000.5.15.0051, Rel. Min. Vantuil Abdala, DEJT de 29/10/2009.

[29] Precedentes do TST, inclusive da lavra deste articulista, no sentido de aplicar a prescrição total referida na Súmula 326 nos casos em que a parcela jamais integrou a complementação de proventos: TST-E-ED-RR-147100-69.2007.5.22.0003, Relator Ministro Vieira de Mello Filho, SDI-I, DEJT 11.6.2010; TST-E-RR-2103300-24.2006.5.09.0012, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, SDI-I, DEJT 04.6.2010; TST-E-RR-1560040-17.2002.5.09.0004, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, SDI-I, DEJT 04.6.2010; TST-E-ED-RR-106000-05.2002.5.03.0112, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, SDI-I, DEJT 04.6.2010; TST-E-RR-98500-56.2004.5.03.0001, Relator Ministro Horácio Senna Pires, SDI-I, DEJT 23.4.2010; TST-E-RR-583/2004-004-04-00.4, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, SDI-I, DEJT 13.11.2009.

[30] Acórdão do STJ sobre a diferença resultante da incorporação de parcela jamais integrada à complementação de proventos: AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. SOLIDARIEDADE. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO, GEF E REALINHAMENTO SALARIAL PAGOS AOS EMPREGADOS DA ATIVA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA E REEXAME DE PROVA. SÚMULAS STJ/5 E 7.

JUROS DE MORA. NATUREZA ALIMENTAR DO DÉBITO. I - A questão relativa à existência de solidariedade entre o banco e a entidade de previdência privada por ele patrocinada foi solvida no Tribunal de origem com base na interpretação de cláusula do Edital de Privatização, daí a conclusão de que a citação, ocorrida em anterior ação proposta, interrompeu a prescrição, não podendo a questão ser revista em âmbito de Recurso Especial, ante o óbice das Súmulas 5 e 7 desta Corte. II - Decidida a extensão do auxílio cesta-alimentação, da GEF e do realinhamento salarial à aposentadoria do recorrido com base na interpretação das normas estatutárias e na análise das circunstâncias fático-probatórias da causa, não pode a questão ser revista em âmbito de especial, a teor dos enunciados 5 e 7 da Súmula deste Tribunal. III - Os juros remuneratórios decorrentes de complementação de aposentadoria devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, tendo em vista seu caráter eminentemente alimentar. Precedentes. Agravo improvido (AgRg no REsp 1094248/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 28/11/2008). Acórdão do STJ sobre diferença de complementação de proventos em razão de norma regulamentar jamais aplicada pela entidade de previdência privada: AGRG no AG 1061205/SP, citado em nota anterior.

7

EMPREGADO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 7.1 O conceito de empregado a partir da realidade social. 7.2 Conceito legal de empregado. Requisitos da prestação laboral. 7.2.1 A pessoalidade. 7.2.2 A não eventualidade. 7.2.2.1 Distinção entre o trabalho não eventual e o trabalho intermitente. 7.2.2.2 Distinção entre o trabalho não eventual e o trabalho temporário. 7.2.2.3 Distinção entre o trabalho não eventual e o trabalho avulso. 7.2.3 A subordinação. 7.2.3.1 Fundamento e grau da subordinação. 7.2.3.2 O poder de comando – contraface da subordinação. A) Morfologia do poder de comando. B) Natureza jurídica do poder de comando. C) Do poder regulamentar – extensão do poder diretivo. 7.2.4 A onerosidade. 7.3. Os elementos acidentais da prestação laboral. 7.4 Empregados excluídos da proteção pela CLT. 7.5 Tipos especiais de empregados. 7.5.1 Altos-empregados. Os empregados-diretores e os diretores-empregadores. 7.5.2 Os empregados públicos. 7.5.3 Os empregados domésticos. 7.5.4 O empregado em domicílio. 7.5.5 O trabalho intra-familiar – entre filhos e pais ou entre cônjuges. 7.5.6 O empregado aprendiz. 7.5.6.1 Distinção de aprendizagem e estágio curricular. 7.5.7 Os trabalhadores intelectuais. 7.5.8 Os empregados-sócios. 7.5.9 O trabalhador cooperativado. 7.5.10 O trabalhador rural.

7.1 O conceito de empregado a partir da realidade social

O direito do trabalho está vocacionado à regulação do vínculo jurídico que, nos moldes alinhados ao sistema capitalista e à concepção de empresa, envolve a atividade do homem em processo de produção de bens ou serviços. Houve, por isso, quem procurasse conceber o trabalhador, regido pelo direito laboral, como aquele que pertencesse a uma determinada classe social. Em suma, seria protegido pelo direito do trabalho o integrante da classe dos trabalhadores. A inexatidão dessa idéia fora, porém, anotada com acuidade cirúrgica pelo autor mexicano Mario de la Cueva[2]:

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo.* Tradução livre. México: Editorial Porrua S/A, 1961. p. 417. Texto original: "El concepto clase social [...] es de naturaleza político-económica y no jurídica y no es apto para explicar la categoría jurídica de trabajador. Además, no se comprende por qué es preciso que, previamente a la existencia de una relación jurídica de trabajo, se coloque la persona dentro de una clase social, siendo así que la realidad será inversa, esto es, la existencia de una relación de trabajo determinará que el trabajador, desde el punto de vista de la posición que ocupa en el fonómeno de la producción, quede incluído en la clase trabajadora".

> O conceito *classe social* [...] é de natureza político-econômica, não é de natureza jurídica e não está apto a explicar a categoria jurídica *trabalhador*. Ademais, não se compreende por que é preciso que, antes de se definir a existência de uma relação jurídica de trabalho, deva-se colocar a pessoa dentre de uma classe social. Na realidade ocorre o inverso, ou seja, a existência de uma relação de trabalho determinará que o trabalhador, na perspectiva da posição que ocupa no fenômeno da produção, inclua-se na classe trabalhadora.

O critério, aqui como no México, haveria de ser o *legal*. Se era inviável identificar o destinatário da tutela trabalhista a partir do conceito de classe social, restava a alternativa de a lei lhe traçar o perfil, indicando quem seria, afinal, o trabalhador protegido pelo novo ramo do direito – numa frase: quem haveria de ser o *empregado.*

7.2 Conceito legal de empregado. Requisitos da prestação laboral

Bem se vê que a relação jurídica é definida, inclusive quanto à sua norma de regência, por um de seus sujeitos, o trabalhador. No Brasil, o conceito de empregado está contemplado no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, *litteris:*

> "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

Desse conceito legal se extraem os quatro elementos básicos da prestação de trabalho que servem à identificação do *empregado.* A saber:

- ⇨ da alusão à pessoa física se infere a *pessoalidade;*
- ⇨ na referência ao serviço de natureza não eventual um segundo e decisivo elemento, a *não eventualidade*;
- ⇨ a dependência ao empregador implica, como veremos adiante, a *subordinação jurídica;*
- ⇨ ao lembrar o salário, como contrapartida do trabalho, o legislador enfatiza a *onerosidade* como quarto e derradeiro pressuposto da prestação laboral que denuncia a caracterização do empregado e, via de conseqüência, da relação jurídica de emprego.

O conceito legal de empregado identifica o destinatário da proteção trabalhista, já o dissemos. O que parte expressiva da doutrina reclama, contudo, é a aparente fossilização dessa diretriz legal, que ignora a atual existência de outros trabalhadores subordinados carentes de proteção jurídica, deixando-os ao desamparo, ao tempo em que estende seu manto protecionista em favor de altos-empregados (gerentes, diretores técnicos etc.), aptos à livre negociação... Em meio a vários excertos doutrinários, sempre no mesmo sentido, conclui Robortella[3]:

> A tendência é substituir a noção única de subordinação por subordinações diferenciadas, com a conseqüente gradação protetora, inclusive quanto aos limites de derrogabilidade da lei estatal através de contratos coletivos.
>
> O grau de proteção deve centrar-se mais na debilidade contratual do que na intensidade da subordinação; a necessidade econômica e social é que determinará

[3] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 1994. p. 50.

> maior ou menor incidência da regra tutelar, num verdadeiro reencontro do direito do trabalho com a teoria da hipossuficiência.

Talvez atenuando o rigor desse viés crítico, o sistema de normas sociais ou trabalhistas tem abrandado o seu caráter tuitivo em favor de altos-empregados[4], reduzindo, quanto a estes, o nível de proteção. Por outro lado, o mesmo sistema jurídico serve, há algum tempo, à tutela do trabalhador avulso (artigo 7º, XXXIV, da Constituição) e do trabalhador rural que não se enquadra na condição de empregado (artigo 17 da Lei 5889/73), por exemplo.

Embora nos pareça auspiciosa a proposta de a lei graduar a proteção jurídica na proporção direta em que ocorrer a dependência do empregado ou sua debilidade contratual, decerto que continuará demandando essa tutela, em grau acentuado, enorme contingente de trabalhadores que prestam serviço *pessoal, subordinado, não eventual* e *oneroso*. E porque a estes volta sua especial atenção o direito do trabalho, cabe consolidar o nosso conhecimento sobre cada uma dessas características, reveladoras do contrato de emprego.

Ainda sobre os elementos essenciais da prestação de trabalho (pessoalidade, não eventualidade, subordinação jurídica e onerosidade), uma observação pertinente do professor José Augusto Rodrigues Pinto[5]:

> Em primeiro lugar, considere-se que os elementos essenciais são concorrentes, ou seja, a ausência de qualquer deles basta para a desfiguração do empregado. Isso mostra ser falsa, apesar de generalizada, a crença em que, havendo subordinação, se identifica o empregado, quando, na verdade, a identificação só estará completa se ela vier acompanhada da pessoalidade (seu corolário indispensável), da onerosidade e da permanência.

7.2.1 A pessoalidade

Regra geral, o trabalhador é contratado porque nele o empresário vislumbra o temperamento adequado, o conhecimento técnico ou a aptidão necessária ao cultivo de sua terra, ao torque de sua engrenagem industrial ou à mercancia que porventura desenvolva. No âmbito dos fatos, o empresário o quer em harmonia com os demais itens de seu empreendimento, sujeitando tal trabalhador, sua inteligência e sua técnica, aos interesses da empresa. Em suma, o empresário *escolhe* o trabalhador que a ele quer subordinado.

E por isso o obreiro não pode se fazer substituir por outro colega de ofício, sem a anuência do patrão. A relação de trabalho se inicia mediante o ajuste de vontades, o *contrato* em que o empregador investe na *virtualidade individual* (a expressão é de Rodrigues Pinto) desse seu novo empregado. Logo, para o empregado a obrigação é infungível, personalíssima *(intuitu personae).* O empregado, na síntese feliz de Martins Catharino[6], *obriga-se a trabalhar pessoalmente*. Nessa medida, o empregado haverá de ser *pessoa física*, por lógica dedutiva.

---

[4] Aqueles a quem a lei discrimina, nos artigos 62, 469, §1º, e 499 da CLT, como exercentes de *cargo de confiança.*

[5] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 2000. p. 105.

[6] CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho.* São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 190.

Ante um caso concreto, vale dizer, evidenciando-se numa relação laboral qualquer a existência de cláusula contratual que exige a prestação *pessoal* de trabalho, parece fácil concluir que houve ou há *relação de emprego*, sempre que instado o agente do direito a discernir qual a natureza do vínculo e não sobrem dúvidas sobre a presença dos outros elementos essenciais da prestação laboral. É preciso atentar, contudo, para dois aspectos da *pessoalidade* ora examinada: *primeiro*, impende ver que o caráter pessoal é inerente à prestação de trabalho e diz respeito, exclusivamente, ao empregado; *segundo*, insta lembrar que a aquiescência do empregador pode permitir a substituição do empregado, sem desfiguração ou necessário desfazimento do liame de emprego.

Quanto à primeira dessas nuances da pessoalidade, basta lembrar o ensinamento de Martins Catharino[7], *literis:* "Via de regra, o empregado celebra contrato com o empregador pessoalmente, mas nada impede possa fazê-lo por representante ou mensageiro, e, até, por telegrama ou carta". Quisesse o douto tratadista atualizar sua obra e, certamente, referir-se-ia às facilidades da comunicação por via eletrônica, especialmente via *internet*. O empregado pode se fazer representar na contratação, mas não na execução do contrato, por conseguinte.

Sobremais, a pessoalidade ou infungibilidade da prestação de trabalho não importa dizer que também o empregador não pode se fazer substituir por outro empresário, no curso do contrato de emprego. Veremos, quando estudarmos o outro sujeito da relação empregatícia, que a sucessão de empregadores é possível, sem rompimento do vínculo.

O segundo aspecto da pessoalidade concerne à substituição do empregado por anuência, expressa ou tácita, do empregador. A lição é, uma vez mais, de José Martins Catharino[8]:

> Não há, imposta por lei, sucessão de empregados (...), mas nada impede, pela ou com a vontade do empregador, que o empregado, respectivamente, seja substituído por outro ou se faça substituir.
>
> Quanto à primeira hipótese, de substituição da iniciativa do empregador, não há dúvida alguma: o substituto, como o substituído, é empregado, apenas o contrato de emprego com o primeiro, por força mesmo da substituição, pode conter termo ou condição resolutiva (art. 475, §1º e 450 da CLT).

Quanto à segunda hipótese cogitada por Catharino, a de substituição por iniciativa do empregado, a situação se presta a dúvidas. A substituição pode resultar de acordo expresso ou tácito e o substituto também se torna empregado, em atividade, enquanto o contrato com o substituído estiver suspenso ou interrompido, ou mesmo quando não houver coligação entre os dois contratos. Se, efetivamente, o substituto começou a trabalhar, sem oposição manifesta do empregador, a presunção é a de que houve concordância tácita, sendo ele quem dirige o trabalho alheio.

Se, porém, o empregador impede o trabalho do substituto indicado pelo empregado, ou logo após tenha sido iniciado opõe-se a que continue a trabalhar, deve-se considerar ter o substituído infringido o contrato. No primeiro caso, a substituição não chegou a se fazer. No segundo, surge a questão: o substituto é empregado? Enfrentando-a, responde Catharino:

---

[7] CATHARINO, *op. cit.* p. 191.
[8] CATHARINO, *op. cit.* p. 191.

> A resposta deve ser negativa. Além do contrato de emprego ser simplesmente consensual [...], no caso não pode se ter como existente uma relação dele independente, não imposta por lei, nascida de uma violação contratual por parte do substituído.

Essa aparente relativização da pessoalidade, aqui compreendida como um dos elementos essenciais da prestação de trabalho, mereceu interessante observação de Tarso Fernando Genro[9], quando esse estudioso do direito do trabalho tratou das peculiaridades do *contrato de trabalho dos profissionais liberais.* Assim se manifestou o autor gaúcho, com inegável pertinência, em trecho que podia ser lido apenas pelos que cultivam a dialética, no universo do direito. V*erbo ad verbum:*

> A impessoalidade, ocorrida esporadicamente e com permissão do empregador, não desnatura nenhum contrato de trabalho. Esta afirmação, com base em unânime jurisprudência, basta, por si só, para que não se absolutize, no exame da relação de trabalho, este requisito como essencial para a verificação da existência ou não do contrato laboral. A pessoalidade, ainda que uma característica fundamental, expressa-se apenas por ser absolutamente dominante na relação. É comum, em ações de menores riscos, e com concordância do empregador, o advogado (o autor faz referência do advogado-empregado) fazer-se substituir pelo estagiário ou seu assistente. Mantida a subordinação relativa, a continuidade do vínculo, o que pode sobreviver, ao invés de desnaturar o contrato de trabalho, é o contrato de equipe que, no dizer de Alonso Olea (citado por Feldman) *és aquel en que un patrono dá trabajo en común a una pluralidad de trabajadores.*

Como regra e em consonância com os extratos de textos doutrinários acima postos, podemos entender que a *pessoalidade*, enquanto signifique a impossibilidade de o empregado se fazer substituir por outro trabalhador sem a anuência, expressa ou tácita, do empregador, é elemento que *domina* na relação de emprego, ausentando-se somente em casos excepcionais. É esta, pois, a graduação do caráter essencial a que tanto nos referimos.

7.2.2 A não eventualidade

A doutrina tem enfatizado a distinção, que precisa ser recordada, entre *não eventualidade* e *continuidade.* O trabalho *contínuo* seria aquele desenvolvido a todo dia e hora, ressalvados os intervalos previstos em lei. A noção fundamental é o curso do tempo, ao exame da *continuidade.* Quando o propósito é o de verificar se a prestação de trabalho é ou não *eventual*, indaga-se, em vez disso, sobre sua causa. Tarso Genro[10] observa que a prestação de trabalho eventual, como tudo o que é eventual, "carrega consigo duas características essenciais: depende de acontecimento incerto, de um lado, e, de outro, por isso mesmo, não pode ser previsto".

A incerteza do acontecimento que dá causa à prestação de trabalho (o rompimento inesperado da tubulação de água ou fios elétricos, a quebra inopinada de uma máquina etc.) e sua conseqüente imprevisibilidade (sob o prisma subjetivo) são lembradas em outras obras, destacando-se Martins Catharino[11] ao frisar, *litteris:*

> Eventual significa casual, fortuito, que depende de acontecimento incerto. Mas, eventual em função de que e de quem? Do trabalho prestado por determinado trabalhador, ou da atividade do empregador? Eventualidade não é o mesmo que

---

[9] GENRO, Tarso. *Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1994. p. 113.
[10] GENRO, *op. cit.* p. 128.
[11] CATHARINO, *op. cit.* p. 185.

> temporariedade ou transitoriedade. O empregado admitido a prazo (ver CLT, arts. 443 e 475, §2º) ou para trabalhar tempo reduzido não é, necessariamente, eventual. Assim ocorre, p. ex., com os empregados em experiência e os safristas [...], bem como com os contratados para trabalhar poucas horas por dia ou poucos dias por semana.

Anota Catharino, em seguida, que não convergem, em direito comparado, as técnicas utilizadas para a verificação da não eventualidade. Critérios diferentes são adotados na Itália – onde "predomina o critério da descontinuidade ou da falta de profissionalidade do trabalho prestado por determinado trabalhador" – e no México e Brasil, países em que se segue o critério da natureza do trabalho em função da atividade da empresa. No Brasil, *não eventual* seria a prestação de trabalho reclamada para atender a necessidade normal ou permanente da empresa (o *pintor* na construção civil e o *operador de caixa* na casa bancária, mas também o *enfermeiro* permanentemente necessário aos serviços do ambulatório instalado na construção da fábrica e o *motorista* que serve ao gerente do banco, sem que o trabalhador não eventual, como já se sustentou, exerça ofício necessariamente voltado à atividade-fim da empresa).

A orientação a que volvemos os olhos é sempre a mesma, sendo a seguinte a noção indispensável à compreensão da *não eventualidade:* a prestação de trabalho eventual é aquela que depende de fato *incerto* e *imprevisto.* Fora daí, estará presente um dos elementos essenciais do trabalho prestado na relação de emprego.

Por fim, resta acentuar a diferença entre trabalhador *eventual* e o trabalhador *intermitente,* entre aquele e o trabalhador *temporário,* bem assim entre o citado trabalhador eventual e o trabalhador *avulso,* inclusive porque a este último o art. 7º, XXXIV, da Constituição assegurou igualdade de direitos em relação ao trabalhador com vínculo empregatício[12].

7.2.2.1 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *intermitente*

Trabalhador *intermitente* ou *adventício* é aquele que presta serviço não eventual, mas descontínuo (os autores que designam a *não eventualidade* como *continuidade* evidentemente preferem referir o trabalho intermitente como *periódico,* em vez de *descontínuo*). São o *safrista* e o *suplente,* especialmente.

Os trabalhadores *safristas ou estacionários* são, na lição de Orlando Gomes e Elson Gottschalk[13], aqueles "requisitados segundo as necessidades técnicas do estabelecimento; pela temporada (hotéis de turismo, cassinos, certos tipos de indústria, como a do sal); ou pelas estações do ano (colheita dos frutos, preparo e limpeza da terra)". Os trabalhadores *suplentes,* à expressão dos mesmos mestres, são aqueles "que podem ser chamados para substituir o pessoal do quadro efetivo", ou seja, os que ajustam *contratos de substituição,* provendo provisoriamente a vaga de empregados que se afastaram em razão de férias ou gozo de licença-gestante, por exemplo.

7.2.2.2 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *temporário*

---

[12] O preceito constitucional não converteu o trabalhador *avulso* em um *empregado,* garantindo *apenas* a igualdade de direitos.

[13] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 86.

O trabalhador *temporário*, por seu turno, é aquele regido, no Brasil, pela Lei 6019, de 1974, que o define como sendo "aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços". Cuida-se de hipótese em que a legislação brasileira, em caráter excepcional, admite a intermediação de mão-de-obra, permitindo que o empregador substitua o seu empregado efetivo por trabalhador recrutado através de *empresa de trabalho temporário* devidamente registrada no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho.

Na triangulação que se esboça entre o *trabalhador temporário* e a *empresa de trabalho temporário* e, no outro lado, entre esta e a *empresa cliente* ou *tomadora do serviço*, o polígono somente se forma quando, no caso de falência da *empresa de trabalho temporário*, advém a responsabilidade solidária da *empresa cliente* em relação aos créditos do *trabalhador temporário*. A não ser assim, cabe exclusivamente à *empresa de trabalho temporário* a responsabilidade pelo pagamento dos créditos do trabalhador, não havendo vínculo obrigacional entre o *trabalhador temporário* e a *empresa cliente* (art. 16 da Lei 6019/74).

O contrato entre a *empresa cliente* e a *empresa de trabalho temporário* tem vigência máxima de três meses em relação a cada empregado (salvo autorização do Ministério do Trabalho), será obrigatoriamente escrito e de seu instrumento constará expressamente "o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço" (art. 9º da Lei 6019/74).

A Lei 6019/74 exige ainda que a condição de *temporário* seja registrada na CTPS do trabalhador assim contratado. Isso, porém, não o transforma em *empregado*[14]. A nosso pensamento e não obstante o dissenso doutrinário e jurisprudencial, o trabalhador que presta serviço no estabelecimento de sociedade empresarial que não o contratara nem o remunera não se confunde com o *empregado*, salvo quando a *empresa de trabalho temporário* assim o contrata e o mantém em seus quadros permanentemente, para acudir a necessidade transitória de empresas clientes que se sucedem. A proteção a esse trabalhador, não sendo um empregado, é então dispensada pela citada Lei 6019 (o seu art. 12 enumera direitos) e, não há dúvida, pelo art. 7º da Constituição (não há mais controvérsia, portanto e *verbi gratia*, quanto a ser devido o 13º salário ao *trabalhador temporário*).

7.2.2.3 Distinção entre o trabalho *não eventual* e o trabalho *avulso*

Falta distinguir o trabalhador *eventual* do trabalhador *avulso*. O artigo 7º, XXXIV, da Constituição, ao assegurar "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso", não converteu o trabalhador avulso em empregado, cuidando apenas de igualar direitos. Na prática, o trabalho avulso sempre foi compreendido como aquele que se realizava nos portos visando à carga e descarga das embarcações neles fundeadas.

---

[14] Contra: José Augusto Rodrigues Pinto (*op. cit.* p. 119) diz que "os temporários são empregados em trabalho apenas periodicamente necessário". Ao citar os safristas como trabalhadores temporários, o autor deixa ver que se desapegou do *conceito legal* de temporário, a este se reportando segundo o sentido vernacular. Por outra via, Sergio Pinto Martins defende que o trabalhador temporário "não deixa de ser [...] empregado, porém um empregado especial, com direitos limitados à legislação especial" (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 143).

Antes de ser editada a Constituição, o artigo 3º da Lei 605, de 1949, já obrigava o tomador dos serviços avulsos a acrescer a remuneração dos dias de repouso à paga pelo trabalho realizado, ao tempo em que o artigo 2º da Lei 5085, de 1966, estatuía, como ainda estatui, que as férias serão pagas pelo empregador (*rectius:* tomador dos serviços), que deve adicionar ao salário normal do trabalhador avulso uma importância destinada a tal fim. O artigo 3º atribui ao sindicato, que organiza o trabalho avulso, receber e repassar a quantia relativa a férias, fiscalizando a aquisição do direito.

Neste ponto, insta registrar que os juslaboralistas usam restringir a figura do *avulso* àquele que...

> [...] exerce sua atividade no porto, uma vez que também aliena o poder de direção sobre o próprio trabalho em troca de remuneração. Mas não tem vínculo empregatício. Sua atividade é exercida com a intermediação do seu sindicato, às vezes até mesmo com uma certa dose de direção do seu próprio órgão representativo, mas não é o sindicato que remunera o trabalho ou que se beneficia com os resultados, sendo-o as empresas para as quais o serviço portuário é realizado. O sindicato é só intermediário, e mais nada, do recrutamento do trabalho e da remuneração provinda de terceiros"[15].

Todavia, o trabalho *avulso* nem sempre é associado, pela doutrina, à intermediação sindical. Rodrigues Pinto sustenta, por exemplo, que o trabalhador *avulso* e o *eventual* se distinguem "porque a atividade exigida do avulso coincide com a atividade-fim do tomador, o que não acontece no trabalho eventual"[16]. Desde logo ousamos contrariá-lo, porquanto pode o trabalhador eventual ser chamado a solucionar problema que, embora incerto e imprevisto, guarda relação com a atividade-fim do tomador.

Imagine-se, *v.g.*, o bombeiro hidráulico de uma construtora que toca obra em terreno vizinho à sede de outra empresa de construção civil e é convidado por essa outra empresa a resolver uma emergência de pequena monta em seu escritório. Supor seja esse trabalhador um *avulso* importaria garantir-lhe a formalidade do contrato a termo ou a concessão de um aviso prévio, a remuneração especificada do seu repouso semanal e o recolhimento de FGTS, tudo a beirar o imponderável.

A exata identificação do trabalhador *avulso* fora dificultada por nós próprios, operadores do direito laboral que, interpretando as normas trabalhistas e sob o impacto positivo da inovação trazida pelo citado art. 7º, XXXIV, da Constituição, optamos por restringir a eficácia desse dispositivo ao universo dos portuários cujo labor é intermediado pelo sindicato. Secundando Octávio Bueno Magano, o constitucionalista José Afonso da Silva[17] diz, com mais singeleza, embora sem a preocupação de diferenciá-lo do trabalhador *eventual*, ser *avulso* "o trabalhador que, eventualmente, presta serviço a alguém. É trabalhador eventual aquele que não pertence ao quadro de trabalhadores de uma empresa nem ao conjunto dos empregados domésticos permanentes".

Parece que, em igual medida, Martins Catharino nos convida a evoluir através de suas velhas lições, notadamente quando leciona que "no sentido vulgar avulso significa separado, desligado, insulado. Trabalhador avulso: aquele separado, não inserido em uma

---

[15] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 316.
[16] Rodrigues Pinto, *op. cit.*, p. 104.
[17] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 262.

organização empresária ou assemelhada, mas, de qualquer maneira, trabalhando para e por ela remunerado". Após dizer da dificuldade de se distinguirem, na prática, o *avulso* do *eventual* ou do *empregado*, o autor antecipa a polêmica atual (sobre haver a necessidade de intermediação do sindicato para a configuração do *avulso*) e a previne terapeuticamente[18]:

> A figura do trabalhador avulso comporta classificação: avulso individual e avulso sindical. O primeiro presta serviços direta e isoladamente; o segundo, associado de sindicato para prestação de serviços, trabalha em conjunto: trata-se da chamada mão de obra sindical, requisitada por empresas a sindicato, a quem cabe escolher e dirigir associados seus para atendimento da requisição. A distinção é importante porque o avulso individual pode ser realmente eventual, ou até verdadeiro empregado, enquanto que o sindical, trabalhando em grupo, jamais pode ser empregado de empresa tomadora de serviços. Ao trabalhador avulso verdadeiro e próprio, não empregado, já foram estendidos vários direitos trabalhistas [...]

Enfim, quem seria o trabalhador *avulso?* Para responder a essa indagação, uma primeira premissa: qualquer que seja a largueza do conceito que ora se examina, estamos de acordo quanto a ser *avulso* o trabalhador portuário cujo labor é intermediado por sindicato ou, nos portos em que já se cumprem as exigências da Lei 8.630, de 1993, pelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO). Mas não seria avulso apenas esse trabalhador.

Também podemos pressupor que o constituinte não quis se referir ao trabalhador *eventual* ao assegurar, consoante sobrevisto, igualdade de direitos entre *avulsos* e *empregados.* Quisesse proteger os trabalhadores *eventuais* e o teria dito, sem rodeios.

Por outro lado, não nos parece exato aceitar a orientação no sentido de ser *avulso* apenas o trabalhador que presta serviço eventual, mas voltado à atividade-fim do tomador de serviço, pois a prestação de trabalho do estivador, por exemplo, não depende de um fato incerto, a ele faltando, portanto, a sugerida eventualidade. O trabalho avulso é, em rigor, um trabalho intermitente *não eventual* e, regra geral, esse modelo de trabalho, quando voltado à atividade-fim, pode ser executado por empregado, mediante contrato a termo, como se verá em capítulo pertinente à tipologia dos contratos de trabalho.

A nosso pensamento, a correta conceituação do trabalhador *avulso* precisa ter como base o seu tipo incontroverso – o portuário cuja relação laboral é mediada pelo sindicato – mas apenas para que dele se extraiam as suas mais visíveis peculiaridades, ou seja, as características que impedem a sua classificação em outra categoria de trabalhadores subordinados (*empregado* ou *eventual*). O que caracteriza o portuário são a *alternância* do tomador dos serviços (vale dizer, do armador a quem serve) e a *intermediação*, ou seja, o fato de o sindicato agenciar a sua prestação de trabalho e lhe repassar a remuneração, sem que se estabeleça qualquer ajuste direto, quanto às condições de trabalho e à remuneração, entre trabalhador e tomador dos serviço.

Logo, o trabalho *avulso* não se configura através dos elementos objetivos preconizados por parte da doutrina, quais sejam, a pertinência entre o serviço prestado e a atividade-fim do tomador desse serviço, a intervenção sindical e a realização do trabalho no âmbito portuário. Da norma constitucional se deve evitar essa inteligência restritiva. Interessa verificar, ao revés, se há o agenciamento do serviço por terceiro e como se

[18] Cf. Catharino, *op. cit.*, p. 186.

estabelece o vínculo entre os três sujeitos dessa relação triangular: terceiro, trabalhador e tomador de serviço.

Se a relação é dispersiva entre o trabalhador e o tomador de serviço, mas concentrada no lado que une aquele ao terceiro que agencia o seu serviço, o trabalho é *avulso*. Trabalhador *avulso* é o que presta trabalho não-eventual para aquele que não o contrata nem o remunera diretamente, havendo a alternância do tomador de seus serviços. É o portuário, como também o *bóia-fria* vinculado a um contratante intermediário (diz-se *empreiteiro* no meio rural), o carregador *chapa* contratado por agente interposto etc. E o que diferencia o trabalho *avulso* do *temporário?* Em boa parte dos casos, a observância da Lei 6019/74 no trabalho *temporário,* que é exigente de autorização do Ministério do Trabalho, forma e prazo certo.

Quanto ao modo de caracterizar o trabalho *avulso*, sentimos ser convergente a orientação de Ribeiro de Vilhena e Márcio Túlio Viana[19], quando dizem configurá-lo a alternância dos tomadores de serviço, e não a intermediação sindical. Remata o último destes autores: "Ao contrário do que sucede com o eventual, seu trabalho é essencial à empresa, embora de forma intermitente. Assim, aqueles bóias-frias não são eventuais, mas avulsos".

Em verdade, essa cizânia entre a lei e seus intérpretes sobre a necessidade, para a caracterização do trabalho avulso, de intervenção sindical e de prestação de trabalho na área dos portos merece uma ponderação que não esconde o critério um tanto formal adotado, desde algum tempo, na solução desse entrave terminológico. É que, superados os primeiros debates, o significado dos conceitos jurídicos pode alterar-se ou definir-se pela intervenção do legislador ante a singela razão de que o direito positivo é obra da ação humana, um dado da cultura.

Assim, e a pretexto de *modernizar* os portos brasileiros e o trabalho que neles se realizava, a Lei 8.630/93 rompeu a tradição[20] de facultar aos sindicatos, ou facultar-lhes prioritariamente, a intermediação do trabalho nos portos, passando a exigir que dela cuidasse, exclusivamente, o órgão de gestão de mão-de-obra (OGMO).

Por seu turno, o hábito de vincular a expressão *trabalho avulso* ao labor nos portos foi finalmente superado pela Lei 12.023, de 27 de agosto de 2009, que inaugurou entre nós a proteção do trabalhador avulso que não presta serviço no âmbito dos portos, embora realize no campo ou na cidade, sem vínculo empregatício, alguma atividade de movimentação de mercadorias[21]. Já não era sem tempo. A nova lei exige, porém, a

---

[19] *Apud* VIANA, Márcio Túlio. *Curso de Direito do Trabalho*: Estudos em Memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 296.

[20] A preferência do sindicato, como ente responsável pela intermediação do trabalho nos portos, estava consagrada nos artigos 254 a 292 da CLT, derrogados pela Lei 8.630/93.

[21] Segundo o art. 2º da Lei 12.023/2009, são atividades da movimentação de mercadorias em geral: I – cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras; II – operações de equipamentos de carga e descarga; III – pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade.

intermediação desse trabalho pelos sindicatos das categorias profissionais correspondentes, esclarecendo que a relação deve ser regida por meio de norma coletiva de trabalho e que são direitos inerentes ao trabalho avulso o repouso remunerado, o FGTS, férias, 13º salário, adicionais noturno e por labor extraordinário.

Uma observação derradeira sobre o trabalhador *avulso:* embora não seja contratado e remunerado diretamente pelo tomador de serviço, é deste a responsabilidade pela retribuição do trabalho prestado. O ônus, seja em pecúnia ou *in natura*, deve ser suportado pela pessoa física ou jurídica a quem aproveita a utilidade da prestação laboral – o tomador dos serviços.

7.2.3 A subordinação

A opinião de juízes e doutrinadores converge quando se invoca a necessidade de ser potencializada a importância deste elemento da prestação laboral, na categorização da relação de trabalho: a *subordinação.* Embora não baste para identificar a *relação de emprego*, inexiste esta sem que o poder de dominação, inerente à sociedade capitalista, atomize-se no vínculo entre o trabalhador e o credor da sua prestação de trabalho.

Mas exatamente porque estamos a cuidar da *subordinação* que ocorre no âmbito do direito do trabalho, tratemos logo de arrostar a idéia de *submissão pessoal* do trabalhador, como ocorria ao escravo ou, atenuadamente, ao servo de gleba. A *subordinação* ou *dependência* contemplada no art. 3º da CLT concerne à prestação laboral, não à pessoa mesma do trabalhador.

Conceitualmente, podemos compreender a *subordinação* como a *sujeição ao poder de comando do empregador* e então temos os dois extremos dessa linha que une os sujeitos da relação empregatícia: a *subordinação* e o *poder de comando.* O sentido entre aquela e este é o da complementaridade (são *dois lados de uma só moeda*), porquanto se unam na formação do elemento a que designamos, em síntese e já agora agregando ao termo o fundamento contratual, de *subordinação jurídica.*

7.2.3.1 Fundamento e grau da subordinação

Ressaltamos o fundamento contratual (quando qualificamos a *subordinação* como *jurídica*) e é preciso que o examinemos, para que as palavras não sejam lançadas a esmo. Antes de a doutrina trabalhista assimilar a natureza contratual da *subordinação*, propôs-se que haveria *subordinação econômica*, já que o empregado dependia do salário para a sua sobrevivência. Essa orientação não preponderou porque, como observa Rodrigues Pinto[22]:

> [...] se tal qualificação poderia ser considerada correta nos primórdios da Revolução Industrial, dissolveu-se cada vez mais rapidamente, durante seu desdobramento, a ponto de tornar-se hoje imprestável para a explicação que deseja dar. Efetivamente, a especialização das tarefas e a qualificação crescentemente sofisticada do empregado para executá-las tornam-no cada vez menos dependente da retribuição por um empregador para subsistir na sociedade. São até comuns casos de empregados com mais de um emprego [...]

Imaginou-se então que a *subordinação* seria *técnica,* partindo-se do pressuposto, que também não se confirmou com o evolver da industrialização, de que o

[22] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *Op. cit.* p. 107.

empregador monopolizava o conhecimento técnico sobre as formas de produção. Atualmente é o empregado, muita vez, quem domina o método ou, antes, a tecnologia aplicada ao processo industrial, fazendo dele depender o empregador.

Cogitou-se enfim da *subordinação social* (fusão da subordinação econômica com a jurídica, padecendo da ineficiência, no plano conceitual, de uma e outra) e da *subordinação moral*, a provocar o rasgo verbal de Catharino, em transcrição bem aproveitada por Rodrigues Pinto[23]: "O vínculo moral, gerador de deveres, pressupõe relações humanas interpessoais, geralmente inexistentes entre empregador e empregado. E quando elas existem no ambiente de trabalho, como na família, causam retração da legislação trabalhista, como já vimos".

Evoluiu a doutrina para inaugurar a orientação hoje predominante, no sentido de ser *jurídica*, ou seja, fundada no *contrato* a *subordinação* do empregado ao empregador. Como observa Alice Monteiro de Barros[24], os partidários dessa teoria consideram que da relação contratual surge para o empregado o estado de subordinação e, para o empregador, o poder hierárquico. Empregado e empregador contratam nestes termos porque de outro modo não dariam curso à relação de emprego, que estão a instituir mediante o contrato assim celebrado.

É bom notar, porém, que essa teoria contratualista vem prevalecendo, mas sem a incolumidade às vezes preconizada, notadamente quando se examina a *subordinação* pelo ângulo por que a visualiza o empregador, ou melhor, quando se questiona a natureza jurídica do poder de comando ou de direção em que este se encontra investido. Disso trataremos em seguida, após dilucidar em que consiste, sob a ótica do empregado, o mencionado estado de sujeição ao dito poder diretivo.

Como se caracteriza, afinal, o estado de subordinação que denuncia a existência de relação de emprego? O professor Rodrigues Pinto[25] adverte que não apenas pela natureza contratual, mas igualmente pelo *grau* (ou intensidade) da *subordinação* se pode concluir pela ocorrência, ou não, de vínculo empregatício. Para tanto, distinguem-se a subordinação em grau *absoluto*, que se afigura presente no contrato de emprego, e a subordinação em grau *relativo*, peculiar a outros tipos contratuais. A lição do magistrado e professor baiano é assim exposta:

> O grau de subordinação do empregado ao empregador constitui um *estado*, sendo, portanto, *absoluto* e fazendo notar-se pela sujeição da *energia em si mesma*, seja ela utilizada ou não.
>
> Já nas demais situações o grau de subordinação é relativo, posto que não se dirige para a energia, mas somente para o fim em que será aplicada, conservando o prestador total autonomia, quanto aos meios da execução contratual.

Num exemplo que se pretende elucidativo, dir-se-ia que um marceneiro poderia ser contratado para a fabricação de uma mesa, que porventura guarneceria uma sala de jantar, ou, em vez disso, poderia ser contratado para operar, simplesmente como carpina,

---

[23] *Op. cit.* p. 109.
[24] BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador – poder diretivo. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 548.
[25] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *Op. cit.* p. 110.

um equipamento qualquer em uma indústria de móveis. Na primeira hipótese, ser-lhe-ia cobrado o resultado (ajustado) de seu trabalho e, sendo assim, não haveria subordinação em grau absoluto, inexistindo relação de emprego. Na hipótese derradeira, o profissional da carpintaria estaria pondo a sua energia de trabalho à disposição do titular da indústria, sujeitando-se ao método ou técnica de trabalho por este imposta. Mesmo que por algum tempo se fizesse desnecessária ou impossível a prestação laboral, por retração de demanda ou defeito mecânico no maquinário, a sua força de trabalho continuaria disponível, para ser utilizada em consonância com a orientação ou ordem direta emanada do empresário. A subordinação ocorreria, já agora, em grau *absoluto,* a revelar a existência de *emprego.*

7.2.3.2 O *poder de comando* – contraface da *subordinação*

Mas, por vezes, não basta a análise de uma relação de trabalho sob tal enfoque, quando o propósito é qualificá-la ou não como *relação de trabalho subordinado.* Não é fácil verificar o grau ou intensidade da subordinação quando se trata, por exemplo, de trabalho em domicílio, serviços externos de vendedores ou representantes comerciais, cobradores de títulos de crédito e mesmo quando está em questão o serviço autômato de um carregador, um motorista etc.

Assim também o alto-empregado, que é aquele normalmente distinguido pelo fato de ocupar cargo preeminente na hierarquia empresarial, a ponto de o empregador lhe outorgar parcela considerável de seu poder diretivo (a capacidade de organizar o estabelecimento em consonância com as diretrizes traçadas para a organização de toda a empresa, de ordenar serviços e punir empregados) e o poder de representar esse mesmo empregador perante terceiros (aptidão para o gerente geral de uma agência bancária, por exemplo, firmar contratos de empréstimo ou financiamento). Essas duas características dos altos-empregados (a investidura de parte do poder diretivo e o poder de representação) dificultam, sobremodo, a operação de medir a intensidade com que a sua prestação de trabalho está sujeita ao poder de comando ainda reservado, como sobra, ao empregador.

Ao tema, Luísa Riva Sanseverino[26] dera enfoque que faz irresistível extratar trecho de sua obra. De início, a autora lembra que "não é possível, relativamente ao trabalho subordinado, conceber a prestação de trabalho senão destinada, mais ou menos explícita e de forma imediata, à obtenção de um resultado", como, por outro lado, "não é possível, relativamente ao trabalho autônomo, ter presente determinado resultado, prescindindo-se de qualquer consideração a respeito da prestação de trabalho necessária para consegui-lo". Ante o aparente impasse, remata a eminente jurista italiana:

> Diversa é, porém, nos dois casos, a recíproca importância formal do trabalho prestado e do resultado conseguido: a) no trabalho subordinado, a tônica cai no desenvolvimento de certa atividade, e se trata de trabalho genérico, para ser mais preciso, de obrigação duradoura de meios ou de comportamento, vinculada às diretrizes técnicas e organizativas do credor; b) no trabalho autônomo, a nota recai na obtenção de um resultado, tratando-se de trabalho específico e, por melhor dizer, de obrigação instantânea de resultado em senso estrito.

A bem dizer, a insuficiência do critério reside na sua unilateralidade, ou seja, na circunstância de o mesmo centrar atenção no estado de *subordinação* do empregado, não

---

[26] SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* Tradução de Élson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 45.

considerando a necessidade de se perquirir, também, como os fatos ocorrem à vista do empregador, em que medida está o mesmo a exercer *poder de comando.*

A) Morfologia do poder de comando

Mais que investigar *se* e *com que intensidade* está o trabalhador sujeito a ordens de serviço (critério subjetivista), submetendo-se à fiscalização e direção daquele a quem ele imputa a condição de empregador, interessa desvendar o exercício do poder diretivo por este suposto empregador, notadamente no que concerne à mais óbvia de suas manifestações, que é o *poder de organização* (perceba-se a importância deste na hipótese do alto-empregado). Como ressalta Alice Monteiro de Barros[27], "a subordinação, hoje, gira em torno, também, da integração da atividade do trabalhador no processo produtivo empresarial".

E como se manifesta esse poder de direção ou comando, titularizado pelo empregador? Manifesta-se através do *poder de organização* (1), do *poder diretivo* stricto sensu (2) e do *poder disciplinar* (3). Vamos relevar, logo, qualquer dissensão doutrinária a propósito da divisão do poder diretivo patronal e adotar logo essa setorização tripartite, proposta por Márcio Túlio Viana[28], sob a esteira do que leciona Magano, este a assim se expressar:

> Poder de organização é a capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta"
>
> Poder diretivo *stricto sensu* é a capacidade atribuída ao empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das finalidades da empresa"
>
> Poder disciplinar é o complemento do poder diretivo, mediante o qual se atualiza a coercibilidade das normas e ordens derivadas do exercício do último

De conseguinte, para que saibamos se há ou não *relação de emprego* em um vínculo entre pessoas é necessário, primeiro, que observemos se o trabalhador se submete a ordens relativas ao modo como deve executar a prestação laboral e, mais que isso, se a sua energia de trabalho está à disposição do tomador de serviço. Sendo insuficiente ou impreciso tal critério, no caso concreto, procuraremos ver se o tomador de serviço está a exercer poder de comando, inicialmente perquirindo em que medida se encontra a prestação de trabalho inserida em uma *organização.* Como anota Sanseverino[29], "a prestação de trabalho insere-se, sempre, em uma mínima forma de organização, embora não venha, sempre, a coincidir com a empresa". Mais adiante, a mesma autora enfatiza, com pertinência indiscutível, que a subordinação do trabalhador...

> [...] corresponde à exigência imprescindível de organização do trabalho, quando, como sucede quase sempre, seja simultaneamente prestado por várias pessoas na mesma empresa, organização do trabalho que é coordenação de vários fatores com vista a um resultado final... E, em geral, a posição subordinada do trabalhador resulta coerente com a idéia de que havendo um grupo social organizado (Estado, família, empresa) não se pode prescindir da sujeição a uma vontade organizadora, justo para que os fins institucionais possam ser alcançados;

---

[27] *Op. cit.* p. 548.
[28] VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência.* São Paulo: LTr, 1996. p. 122.
[29] SANSEVERINO, *op. cit.* p. 47.

> daí decorre o caráter de aspecto instrumental da subordinação a que está obrigado o trabalhador.

Por outro lado, estará investido o tomador de serviço de *poder diretivo stricto sensu* se lhe cabe, porventura, indicar *como, onde* e *quando* será utilizada a força de trabalho do outro sujeito dessa relação laboral (o trabalhador), dando conteúdo concreto à atividade deste. Nota-se bem que essa segunda expressão do poder de comando (o *poder diretivo strictu senso*) é o exato contraposto da *subordinação*, a visão desta pelo método da transparência. Lembra Alice Monteiro de Barros[30] que o poder de direção "tem ainda a função de controle, que consiste na faculdade de o empregador fiscalizar as atividades profissionais de seus empregados".

Num último ato de investigação, haveremos de indagar se, na relação concreta que nos é posta sob exame, o tomador do serviço se apresenta habilitado ao exercício do *poder disciplinar* ou está a exercitá-lo, propriamente. Como observa Alice Monteiro de Barros[31], "não é imprescindível que o empregador exerça sua autoridade sobre o empregado em todo o curso da prestação de trabalho, basta a possibilidade de fazê-lo".

Interessa saber se o tomador de serviço evoca o poder de punir como instrumento de persuasão ou se, em realidade, acontecem mesmo punições (advertências, suspensões ou despedidas por justa causa), de modo claro ou dissimulado; válido ressaltar que a orientação jurisprudencial prevalente proscreve as penas de multa (vedação no art. 462 da CLT), transferência (art. 469 da CLT), rebaixamento (art. 468 da CLT) e redução salarial (art. 7º, VI, da Constituição) e remete à Justiça do Trabalho o controle externo das sanções disciplinares, podendo ser estas anuladas, mas não dosadas, pelo órgão judiciário.

B) Natureza jurídica do poder de comando

Quando tratávamos dos fundamentos da *subordinação* e dizíamos da sua natureza contratual (daí por que subordinação *jurídica*), adiantávamos que alguma ressalva precisava ser feita em relação à natureza contratual do *poder de comando*, a contraface da citada subordinação.

De pronto, é fácil justificar a tendência de renomados laboralistas que vislumbraram ser a *propriedade privada* o fundamento do *poder de organização*, sendo o *contrato* o fundamento do *poder diretivo stricto sensu.* Alice Monteiro de Barros[32] relembra a divergência entre Evaristo de Moraes Filho e Nélio Reis, aquele a proclamar que "(...) no regime capitalista, sob o qual vivemos, é o patrão o proprietário de seu negócio, julgando, por isso, o senhor dos céus e da terra. Tudo o mais que se quiser dizer ou escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo o poder hierárquico e disciplinar". E Nélio Reis, a contrariar essa tese com argumento aparentemente indefectível:

> Os defensores desta doutrina se impressionaram mais com os aspectos econômicos do que com os aspectos jurídicos que devem presidir à análise do problema. Não há dúvida de que economicamente e até que se opere uma transformação no regime capitalista em que vivemos, o patrão é o dono da empresa, compreendida esta no seu todo perfeito. Mas a integração nesta dos

[30] *Op. cit.* p. 556.
[31] *Op. cit.* p. 548.
[32] *Op. cit.* p. 549.

> trabalhadores não se opera pelo direito de propriedade, e, sim, pela via contratual, à semelhança das ligações entre empresas e outros organismos da vida social. O empregador possui a empresa e, em nome desta, em relação ao elemento humano de sua execução, contrata os prestadores de serviço, os empregados.

Por essa última análise, gravitaria em torno do *contrato* o fundamento dos poderes de *organização* e de *direção stricto sensu* em que investido o empregador. A bem ver, podemos entender que o contrato é o fundamento último do poder diretivo *stricto sensu* e o fundamento próximo do poder de organização (o fundamento último deste seria o direito de propriedade).

Também quanto ao poder *disciplinar*, afigura-se eloqüente a vertente doutrinária que o compreende como mero corolário do poder diretivo *stricto sensu*, uma faculdade atribuída ao empregador para assegurar efetividade às suas ordens de serviço – e se o contrato é o fundamento do poder diretivo *stricto sensu*, não seria outro o fundamento do poder disciplinar. Quando se está a cuidar desse poder de um homem punir o seu semelhante, sem estar acometido de poder estatal, irresistível é reproduzir o pensamento de Luisa Riva Sanseverino[33] sobre o tema:

> Os remédios apresentados pelo direito comum não eram suficientes nem adequados à natureza particular das obrigações que derivam, em relação ao trabalhador, do contrato de trabalho; seja porque em muitos casos em que uma sanção fosse inoportuna, o direito comum não oferecia, pela ausência dos pressupostos necessários, a possibilidade de aplicá-la; seja porque tais remédios requerem procedimento longo e complexo, o qual atenuaria, notavelmente, sua eficácia; seja, em suma, porque as sanções civis visam, tão só, à restauração patrimonial, enquanto as sanções disciplinares intentam salvaguardar determinada organização do trabalho na empresa.

Nesse diapasão, a citada laboralista italiana conclui que as sanções disciplinares previstas pelo direito do trabalho constituem formas de penalidade do tipo privado e que, na ausência de explícitas disposições legais, a existência legítima de tais sanções poderia ser deduzida da estrutura do contrato de trabalho e da relação de subordinação, que lhe é específica.

Há orientação doutrinária, porém, que concebe o poder diretivo – e, a partir deste, também o poder disciplinar – como um *direito-função*, sendo neste sentido a observação de Octavio Bueno Magano[34]:

> Enquanto o empresário concentrava em suas mãos todos os cordéis de que depende a atividade da empresa, o poder diretivo se exercia para a satisfação de seu interesse individual. Entretanto, à medida que a empresa se foi transformando em um cento de convergência de interesses, a saber, interesses do empresário, dos administradores, da coletividade, representada pelo Estado, e dos trabalhadores, representadas pelos seus sindicatos, o poder diretivo tem-se tornado direito-função, passando a ser exercido no interesse da própria empresa. Suppiej chega a afirmar que, divorciando-se dessa finalidade, ele excede os seus limites e configura verdadeiro abuso de poder.

Não obstante todas essas digressões, que permitem nos situemos em meio à dissensão doutrinária, parece-nos acertada a conclusão dialética alcançada por Márcio Túlio Viana[35], após criterioso e exaustivo estudo sobre a natureza do poder diretivo. *Literis:*

---

[33] SANSEVERINO, Luisa Riva. *Op. cit.* p. 211.
[34] *Apud* VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. p. 135.

> Na verdade, a discussão passa, mais uma vez, pela concepção que se possa ter da empresa: se a considerarmos apenas o patrimônio do empresário, será difícil adotarmos a tese do poder diretivo como direito-função; se, ao contrário, a visualizarmos como instituição, a natureza do poder diretivo só poderá ser aquela.
>
> Como dizíamos linhas atrás, o poder diretivo stricto sensu encontra melhor fundamentação na teoria do contrato; o poder organizacional, na teoria da propriedade; o poder disciplinar, na da instituição.

Qual a importância, então, de se saber o fundamento do poder de comando ou de direção, em qualquer de suas formas (poderes de *organização*, de *direção stricto sensu* e *disciplinar*)? É que esse poder diretivo somente estará legitimado na medida em que se adequar:

I. Aos limites gizados pela concepção que temos do *poder de organização* como emanação do direito de *propriedade.* Lembremos, *verbi gratia*, o modo como são disciplinados, genericamente, a localização topográfica do estabelecimento empresarial e de suas seções internas; a organização do trabalho em turnos; os locais e horários das refeições dos trabalhadores; a partição do comando da empresa em divisões administrativas, técnicas e financeiras; o organograma da empresa etc.

II. À dimensão dada ao *poder diretivo stricto sensu* pela sua origem *contratual.* Assim, o empregado poderá resistir à ordem de serviço que não esteja em consonância com as condições de trabalho inicialmente ajustadas, nos limites razoavelmente atribuíveis a tal ajuste.

III. À acepção do *poder disciplinar* como *direito-função*, sendo abusiva a pena ou sanção que não derive da transgressão de regra geral ou ordem direta que guarde relação com os interesses da empresa enquanto *instituição,* que atende a interesse social ao produzir bens ou serviços, e não a interesse particular da pessoa do empregador. Ressaem, pois, a juridicidade da sanção disciplinar aplicada em razão de o trabalhador subtrair ou danificar, dolosamente, coisa que integre o patrimônio que serve aos fins da empresa ou viole segredo estratégico desta, bem assim a ilicitude da pena se é esta imposta para aplacar o desejo persecutório ou simplesmente emulativo desse mesmo empregador.

C) Do *poder regulamentar* – extensão do poder diretivo

Mas há um último e interessante modo por que se manifesta o poder de direção ou comando. Referimo-nos ao *poder regulamentar*, que consiste na discricionariedade permitida ao empregador de estabelecer regras genéricas sobre a organização produtiva ou mesmo sobre condições de trabalho que permearão todos os contratos individuais. São os *planos de cargo e salário*, os *regulamentos de fábrica*, os *quadros de carreira,* que fizeram Alice Monteiro de Barros[36] assim se posicionar:

> Embora sejamos partidários da corrente contratualista, como fundamento do poder diretivo, atribuímos ao regulamento natureza mista, entendendo que o mesmo contém, de um lado, regras de natureza estatutária relacionadas com a

[35] *Op. cit.* p. 136.
[36] *Op. cit.*, p. 553.

> determinação de ordens técnicas e com a disciplina que deve existir na organização empresarial; e de outro, regras de feição contratual, como são as cláusulas sobre salário, jornada e outras matérias com a mesma conotação, as quais constituirão o conteúdo dos contratos de trabalho, matéria, aliás, já sedimentada, a teor do Enunciado da Súmula n. 51 do E. TST.

Entendemos, como a ilustre magistrada mineira, que o poder regulamentar tem mesmo natureza híbrida, a depender de seu conteúdo versar sobre matéria inerente à organização ou a cláusulas contratuais. Mas o assimilamos como poder *instrumental*, somente e por isso mesmo. Cuida-se de uma forma de exteriorização do poder de organizar a empresa ou dirigi-la.

Quando o propósito é o de dirimir dúvida sobre a existência de vínculo empregatício, frente a um caso concreto, ou ainda quando se questiona a legitimidade da norma regulamentar, ordem de serviço ou pena dirigida ao empregado, importa notar que a subordinação se revela como a sujeição ao poder de comando e este, com os fundamentos expostos, manifesta-se através dos poderes de organização, diretivo *stricto sensu* e disciplinar.

7.2.4 A onerosidade

O contrato de trabalho é *oneroso*, ou seja, não se o executa por benemerência ou altruísmo. A prestação de trabalho que encerra uma liberalidade, um simples favor ou um ato - mesmo continuado ou persistente - de boa-vontade, não acontece no âmbito de uma relação de emprego.

Percebe-se que não se está a cogitar do fato objetivo de o trabalhador *receber salário*, mas do interesse, que a este anima, de trabalhar para recebê-lo.

Aliás, o salário será necessariamente devido quando evidenciada essa *onerosidade* da prestação laboral e o seu valor, quando não ajustado previamente, será arbitrado pela Justiça do Trabalho, em conformidade com o art. 460 da CLT.

7.3 Os elementos acidentais da prestação laboral

Ao lado dos elementos essenciais da prestação de trabalho inerente à relação de emprego, exigidos pelo artigo 3º da CLT, Rodrigues Pinto[37] lembra os *elementos acidentais ou facultativos*, que, podendo aparecer na prestação de trabalho, *"desempenham papel auxiliar na identificação do empregado"*. A saber, são os seguintes os elementos acidentais, consoante lição do ilustrado mestre:

a) o *alheamento ao risco da empresa*, uma vez que, regra regral, cabe ao empregador o risco pelo empreendimento. Voltaremos ao tema quando estudarmos a figura do empregador, mas desde logo acentuamos a relatividade desse elemento distintivo, porquanto também ocorra, nas hipóteses de o salário ou parte deste ser fixado à razão da quantidade de serviço (comissão do vendedor) ou obra (peceiro etc.), de o trabalhador ter a sua remuneração vinculada ao êxito ou insucesso da empresa;

b) a *alteridade*, que viria a ser o aspecto de a utilidade do trabalho beneficiar sempre o empregador, jamais aproveitando diretamente ao empregado. Em

[37] *Op. cit.*, pp. 103-104.

verdade, o sistema capitalista é alienante da força de trabalho, pois o empregado nele sobrevive se, em troca de salário, concorda em contribuir para a produção de bem ou serviço que será posto à disposição do mercado, em proveito somente do empregador. Essa situação desfavorável ao empregado é, para este e muita vez, irresistível, dada a ausência de outro meio apto a garantir sua subsistência. Não fosse por isso e ele não aceitaria se sujeitar ao poder diretivo do empresário. E como não se ambienta o direito do trabalho fora do sistema capitalista de produção, deduz-se que não há emprego sem alteridade. Mas também está visto que a alteridade é um pressuposto da subordinação. Logo, a verificação da alteridade não é necessária porque basta que se constate a subordinação em grau absoluto, da qual é um antecedente lógico. Por essa razão, tem-se a alteridade como elemento acidental (sendo dispensável apenas a investigação de sua presença em cada caso concreto, e não a sua presença na ordem dos fatos).

c) a *continuidade*, aqui compreendida como o fato de o empregado estar todo o tempo à disposição do empregador (já distinguimos, neste mesmo capítulo, a *continuidade* e a *não eventualidade*). O fato da *continuidade* permite conjecturar, em um caso concreto qualquer, que o trabalho *contínuo* não deve ter decorrido de fato incerto ou imprevisto, mas ainda assim será a *não eventualidade*, e não a *continuidade*, a nota característica da relação de emprego;

d) a *exclusividade*, que "retrata a prestação para um só tomador". Em vez disso, como observa o laboralista Rodrigues Pinto, "a possibilidade da múltipla prestação guarda uma razão direta com o trabalho intelectual e inversa com o manual ou braçal, em virtude das peculiaridades da prestação nesses dois terrenos, quanto ao tempo demandado para atendê-la. Mesmo assim, nada impede o trabalhador braçal de manter mais de uma relação de emprego, nem o intelectual de manter uma só, até em razão de cláusula contratual. Isso serve para demonstrar a acidentalidade de manifestação da exclusividade..."

7.4 Empregados excluídos da proteção pela CLT

O art. 7º da CLT exclui da proteção do texto consolidado os empregados domésticos, os rurais e os servidores públicos. A regra excludente deve ser, porém, examinada em vista das normas que surgiram, historicamente, para regular o trabalho de cada uma dessas categorias inicialmente excluídas.

A norma de regência dos servidores públicos é normalmente um estatuto próprio, que corresponde, no caso dos servidores da União, à Lei 8.112/90. O art. 39 da Constituição exige um só regime jurídico no âmbito de cada uma das entidades da federação, tendo sido recusado o regime da CLT pela imensa maioria dos entes públicos.

Há, inclusive, forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de compreender que estados e municípios não podem estabelecer a CLT como regime jurídico de seus servidores, pois assim estariam legislando sobre direito do trabalho e invadindo, nessa medida, a competência legislativa exclusiva da União. Há, nesse entendimento e a nosso sentir, uma evidente confusão entre a competência para legislar sobre direito do trabalho – que os estados e municípios realmente não têm – e a autonomia de que eles se investem para adotar, por remissão, o regime da CLT como o regime próprio. Invasão de competência haveria se o que estabelecessem para seus servidores também fosse aplicado

para os empregados de empresas privadas. Quem bebe a água de um rio não lhe seca a nascente.

O labor dos domésticos continua excluído da proteção da CLT e, quanto aos rurícolas, veremos que a regência pela CLT foi-lhes restituída pela lei que disciplina o trabalho rural, num efeito *bumerangue* que o legislador da década de 40 não podia prever. Por dever de síntese, preferimos tratar mais detalhadamente dos servidores públicos, domésticos e rurícolas nos subitens que versarão, logo adiante, sobre os tipos especiais de empregados.

7.5 Tipos especiais de empregados

Várias categorias de empregados mereceram tratamento diferenciado pelo sistema jurídico-trabalhista, seja mediante destaque em capítulos próprios da CLT, seja através da edição de leis dispersas. Entre aqueles, podemos referir os professores, os bancários e os telefônicos, como todos os demais trabalhadores contemplados, principalmente no que concerne à jornada de trabalho, no Título III, Capítulo II, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por sua vez, médicos (Lei 3999/61) e engenheiros, químicos, arquitetos, agrônomos e veterinários (Lei 4950-A/66) são protegidos, especialmente no que toca ao salário, por leis específicas. Também há os empregados cujos contratos são regidos por regras especiais no que concerne à sua vigência ou forma, a exemplo dos atletas profissionais (Leis 6354/76 e 8672/93).

Não precipitaremos, entretanto, o estudo de normas relativas a contratos a termo, salário e duração do trabalho, pois o objetivo agora é apenas o de perceber a existência de relação de emprego em recantos da vida em que os já estudados elementos essenciais da prestação laboral têm apresentação fluida. Ou ainda o contrato de emprego que não se insere na realidade da *empresa*, embora não se desfigure, ainda assim. Trataremos do trabalho subordinado no campo, nas residências, bem como do estagiário e do menor aprendiz, do trabalho intelectual e cooperativado, mas sem minudenciar, como faremos em capítulos próximos, as regras que excedem aquelas necessárias à qualificação do vínculo.

7.5.1 Altos-empregados. Os *empregados-diretores* e os *diretores-empregadores*

Ao discorrermos sobre uma primeira dificuldade enfrentada pelo legislador, ante a missão de distinguir o destinatário da proteção trabalhista, concluímos que a sua decisão fora a de optar por um conceito legal. O artigo 3º da CLT, resultado desse esforço intelectual, não inclui alguns trabalhadores subordinados que realizariam trabalho sem os requisitos especificados no citado dispositivo legal (avulsos, eventuais etc.) e, numa aparente incoerência, contempla, na definição de empregado, os trabalhadores que já obtiveram um maior grau de aptidão administrativa ou capacidade gerencial e, por isso, ajustam as suas condições de trabalho em situação de quase igualdade com o empregador, a quem disponibilizam sua energia laboral.

Atento à conveniência de devolver harmonia ao sistema trabalhista, o legislador reduziu os direitos dos altos-empregados, negando-lhes toda a proteção concernente à duração do trabalho (artigo 62, II, da CLT), à manutenção de sua localidade de trabalho

(artigo 469, §1º, da CLT) e à estabilidade decenal (artigo 499 da CLT), como veremos ao estudarmos cada um dos temas. Interessa, agora, identificar o alto-empregado, a quem o legislador prefere denominar *gerente*, noutras passagens referindo-se a ele como o empregado que exerce *cargo de confiança.*

Regra geral, os altos-empregados se diferenciam por dois claros aspectos de sua atuação profissional, a saber:

I. A altos-empregados é delegado, parcialmente, o poder de comando em que está investido o empregador. Isso lhes permite estabelecer novas regras na divisão de trabalho, em estabelecimento que dirijam, cabendo-lhes ainda dar ordens em níveis elevados da hierarquia que se observa em tal estabelecimento e, nos limites deste, impor penas disciplinares. O exercício desse poder diretivo o faz um estranho entre os empregados, malgrado esteja ele, como estes, a disponibilizar sua energia de trabalho e se caracterizar, assim, como um empregado.

II. A altos-empregados é outorgado, por procuração tácita ou expressa, o poder de representar o empregador perante terceiros, a exemplo dos gerentes gerais de agência bancária, que firmam com a clientela contratos de empréstimo ou financiamento.

Quanto à exclusão dos direitos assegurados no Capítulo II do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, que são aqueles pertinentes à duração do trabalho (jornada de oito horas, adicional noturno, repouso semanal remunerado etc.), o artigo 62, parágrafo único, da CLT[38], acrescenta, na caracterização desse alto-empregado, a exigência de ele receber salário que, somado à gratificação de função (se houver tal gratificação), seja igual ou superior ao valor do salário efetivo, acrescido de 40%.

Uma questão correlata é aquela relativa ao exercício, pelo até então empregado, de cargo de direção. Distinguem-se, *exempli gratia*, os diretores das sociedades anônimas. A sociedade anônima tem como órgãos a Assembléia Geral, a Diretoria, o Conselho Fiscal e, sendo o caso, o Conselho de Administração. A *Diretoria* é o *órgão* de representação da companhia e o *órgão* de execução das deliberações da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração. Os componentes da Diretoria são eleitos pela Assembléia Geral ou, quando há o Conselho de Administração, por este. Enquanto órgão da sociedade, o *diretor* não pode ser, ao mesmo tempo, um seu empregado.

E se havia, anteriormente, contrato de emprego? Prepondera, então, a orientação contida no verbete n. 269 da súmula de jurisprudência do TST:

> O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

A Súmula 269 do TST não exclui a possibilidade de o exercício de cargo de direção, em outros tipos de sociedade empresária – distinta da sociedade anônima –, também importar a suspensão do contrato de emprego. O fundamental é que não se mantenha, na hipótese, a sujeição do poder de comando, exercido pelo empregador.

[38] No capítulo atinente à duração do trabalho, diremos sobre a constitucionalidade desse dispositivo da CLT.

Comentando o referido enunciado da súmula do TST, Francisco Antonio de Oliveira[39], juiz integrante do TRT da 2ª Região, distingue o *empregado-diretor* do *diretor-empregador*, sendo pertinente a sua orientação:

> Empregado diretor é aquele designado pelo empregador para o exercício de cargo da sua confiança imediata. Esse empregado de confiança, embora tenha poderes de mando e gestão em certa intensidade, não chega a substituir o empregador na sua inteireza. Não deixa de ser empregado sujeito à subordinação jurídica.

Há casos, entenda-se bem, em que as empresas são geridas por *diretores*, que podem ou não estar unidos à sociedade empresarial mediante contrato de emprego. Rodrigues Pinto[40] explica:

> Nas empresas de envergadura menor, que correspondem a sociedade de estrutura jurídica menos complexa, o diretor tanto poderá caracterizar-se como sócio, nos termos do contrato social, quanto poderá revelar-se um alto-empregado, se for contratado sob subordinação aos sócios da empresa para geri-la em nome destes. No primeiro caso, o exercício da direção é corolário natural da participação societária do diretor, não interessando ao Direito do Trabalho. No segundo, a relação com a sociedade é de emprego, com diminuição da tutela do trabalhador, já assinalada em referência aos altos-empregados.

A doutrina e a jurisprudência têm ressaltado a diferença entre a *direção administrativa* e a *direção técnica*, lembrando que nesta última pode estar investido um médico, um engenheiro, um advogado ou qualquer outro profissional especializado, mas que atua como um empregado comum, subordinado e assalariado. O diretor técnico tenderia a ser empregado, portanto. O diretor administrativo será empregado, se estiver ele subordinado em grau absoluto, ou, não sendo o caso, inexistirá emprego.

Acontece, ainda e por vezes, de o empregador promover a conversão do empregado em acionista minoritário, com o objetivo de dar ao vínculo uma outra natureza jurídica, antes de investir esse seu empregado na condição de diretor. É interessante notar que o disfarce de acionista é, *grosso modo*, uma homenagem à *aparência* em detrimento da realidade, pois nem o diretor precisa ser acionista[41], nem a eleição do diretor basta à desfiguração do emprego, como se dessume da Súmula 269 do TST e há muito já acentuava Pontes de Miranda, ao prefaciar obra de Antero de Carvalho[42]:

---

[39] OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos enunciados do TST*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
[40] *Op. cit.*, p. 113.
[41] *Vide* artigo 146 da Lei 6404/76.
[42] CARVALHO, J. Antero de. *Cargos de direção no direito do trabalho.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1981. p. 22.

> Outro ponto que se há de pôr em relevo é o referente à dicotomia ´direção administrativa´ e ´direção técnica´. Administradores podem ser órgãos sociais, ou empregados. [...] A tecnicidade das funções – e do cargo – não basta para que se fazer empregado efetivo. O diretor-técnico pode ser de confiança, ainda quando não se trate de órgão social, ´empregado de confiança´, no sentido da legislação do trabalho [...]. Também a eleição não é critério estreme. Certamente, quem foi eleito para certo período, ou sob condição, não pode pretender estabilizar a sua inestabilidade; mas nada obsta a que os Estatutos adotem que o provimento dos empregos estáveis, ou de alguns empregos estáveis, seja por eleição das assembléias gerais, ou da diretoria.

Não obstante o jurista alagoano tivesse à vista a legislação vigente em 1949, quando assim se manifestou, é certo que o artigo 146 da Lei 6404, de 1976, autoriza, ainda hoje, a exigência, em norma estatutária, de eleição para o provimento de cargos de administração da sociedade anônima que não integrem o seu conselho de administração nem a sua diretoria. Portanto, a eleição do diretor não o impede de ser empregado e, por outro lado, há cargos de administração da sociedade anônima que, por disposição estatutária, somente podem ser providos por empregados e mediante eleição.

7.5.2 Os empregados públicos

O art. 39 da Constituição, em sua redação original, estabelecia que os entes públicos deveriam instituir, no âmbito de suas competências, o regime trabalhista único. Comentando o preceito, a jurisprudência e a doutrina não tardaram a defender que o regime de trabalho mais ajustado aos princípios regentes da administração pública seria, como de fato ainda é, o regime estatutário. Celso Antônio Bandeira de Mello o diz:

> A Constituição, nos artigos 39 a 41, ao tratar dos ‘servidores públicos’, empenhou-se em traçar, nos numerosos parágrafos e incisos que os compõem, os caracteres básicos de um regime específico, distinto do trabalhista e tratado com amplitude. Certamente não o fez para permitir, ao depois, que tal regime ofsse desprezado e adotado o regime laboral comum (ainda que sujeito a certas refrações). Seria um contra-senso a abertura de toda uma ‘seção’, com minuciosa disciplina atinente aos ocupantes de cargo público, se não fora para ser este o regime de pessoal eleito com prioridade sobre qualquer outro.
>
> Além disto, o §3º do art. 39 determinou que aos servidores ocupantes de cargo público aplicar-se-iam determinados dispositivos do art. 7º, ou seja: concernentes à proteção dos trabalhadores em geral, urbanos e rurais, do País. Daí também se depreende a prevalência do regime de cargo, tico como o normal, o corrente. Com efeito, se o regime prevalente devesse ser o trabalhista, seria despicienda a aludida remissão e não estaria cifrada a alguns incisos do art. 7º, porque todos eles se aplicariam normalmente.
>
> Finalmente, o regime normal dos servidores públicos teria mesmo de ser o estatutário, pois este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos de atuação do Estado.[43]

A tendência de se instituir o regime estatutário para todos os servidores da administração direta, bem assim das autarquias e fundações, consolidou-se, no nível federal, por meio da Lei 8112/90, assemelhando-se ao seu teor o regime jurídico, igualmente único, instituído pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

---

[43] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 260.

A Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, surgiu sob inspiração do *princípio da eficiência*, que por obra sua somou-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no elenco de princípios da Administração Pública, todos elevados ao nível de princípio constitucional (artigo 37 da Constituição).

Tratando do princípio da eficiência, a publicista Maria Sylvia Zanella di Pietro[44] lembra o Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, porque nele se afirma que "reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil". A citada emenda constitucional deu curso e vez àquela que foi denominada a *Reforma Administrativa*, sendo uma alteração relevante, em seu bojo, o fim do regime jurídico único previsto, até então, no art. 39 da Constituição. Di Pietro explica:

> Com a exclusão da norma constitucional do regime jurídico único, ficará cada esfera de governo com liberdade para adotar regimes jurídicos diversificados, seja o estatutário, seja o contratual, ressalvadas aquelas carreiras institucionalizadas em que a própria Constituição impõe, implicitamente, o regime estatutário, uma vez que exige que seus integrantes ocupem cargos organizados em carreira (Magistratura, Ministério Público, Tribunal de Contas, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Polícia), além de outros cargos efetivos, cujos ocupantes exerçam atribuições que o legislador venha a definir como atividades exclusivas do Estado, conforme previsto no artigo 247 da Constituição, acrescido pelo art. 32 da Emenda Constitucional n. 19/98[45].

Como era de esperar, a Lei 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, surgiu com a pretensão de estatuir que o regime jurídico dos novos servidores públicos, admitidos que fossem pela Administração direta, autárquica e fundacional, seria o da CLT e legislação correlata. Porém, sobreveio, em março de 2008, medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de restabelecer o regime jurídico único, em virtude de defeito formal que identificou na votação da Emenda Constitucional n. 19. A decisão foi proferida nos autos da ADI 2135 MC/DF e, em razão de seu efeito *ex nunc*, mantiveram-se regidos pela CLT apenas os servidores da administração direta, autarquias ou fundações investidos em emprego público desde a edição da EC 19 até a mencionada decisão do STF.

Além deles, os empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas são servidores públicos *lato sensu* que continuam regidos pela CLT, dado que trabalham para pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração pública indireta.

7.5.3 Os empregados domésticos

Sabemos que o empregado doméstico, desenganadamente um *empregado*, fora excluído da proteção celetista (artigo 7º, a, da CLT), sendo titular, tão-somente, dos direitos trabalhistas previstos na Lei 5859, de 1972 (férias anuais remuneradas, benefícios e serviços da legislação previdenciária, anotação do contrato na CTPS e, por opção do empregador, FGTS e seguro-desemprego[46]) e dos direitos sociais assegurados no artigo 7º

---

[44] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 1999. p. 73.
[45] DI PIETRO, *op. cit.* p. 361.
[46] A rigor, o seguro-desemprego é um direito do empregado doméstico que este obtém em conseqüência da opção que o seu empregador tenha feito pelo recolhimento do FGTS.

da Constituição, se não subtraídos em seu parágrafo único (salário mínimo, irredutibilidade do salário, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, férias, licença à gestante, licença paternidade, aviso prévio e aposentadoria).

Também o *empregado doméstico* é titular, a nosso pensamento, de direitos previstos em leis trabalhistas esparsas que, destinando-se à proteção geral dos empregados, não o discriminem. Para efeito exemplificativo, podemos lembrar que a Lei 605/49 (repouso em domingos – hoje assegurado ao doméstico por preceito constitucional – e em feriados, conforme seu art. 5º) e a Lei 8036/90 (FGTS – art. 15, §3º) retiram expressamente o doméstico de seu raio de proteção[47], mas inexiste motivo para que essa mesma e abominável restrição se estenda às hipóteses em que a lei deixe de privar os domésticos do direito nela instituído, embora quanto a estes seja silente. É o caso, *v.g.*, do vale-transporte, porquanto a Lei 7418/85 não exclui, claramente, o empregado doméstico da proteção que assegura, cabendo, pois, lembrar a máxima *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*, tão simpática aos hermeneutas.

Quem seria, afinal, o *doméstico?* O antigo conceito inserido no sétimo artigo da CLT recebera melhor versão no artigo 1º da Lei 5859/72, que considera empregado doméstico, *ipsis verbis*[48]*:*

> "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas..."

Logo, o empregado descrito pelo legislador é, em primeiro lugar, o que se caracteriza pela *continuidade* do trabalho em âmbito residencial. A jurisprudência tem patrocinado uma segunda exclusão aos chamados *diaristas*, por isso mesmo. É que, como esses trabalhadores não prestam serviço doméstico em todos os dias (*continuadamente*), mas em um ou poucos dias a cada semana, tem-se entendido que os mesmos também não se enquadram na definição de empregado doméstico. Perceba-se que, enquanto o artigo 3º da CLT mencionara a *não eventualidade* na configuração do empregado comum, a lei específica exigira a *continuidade* na modelagem do empregado doméstico.

A segunda característica do empregado doméstico é a *finalidade não lucrativa* do seu serviço, em relação à atividade do empregador. Octacílio Silva[49] observa que tal elemento...

> [...] não passa de expediente hábil para discriminar os domésticos, visto que os legisladores, consciente ou inconscientemente, são interessados na questão, visto que, em regra, são empregadores domésticos. A prova é que, se por um lado, no Brasil, a legislação obreira, nas últimas décadas, tem andado à frente dos nossos costumes e exigências sociais, no que se refere aos domésticos, as imposições de mercado é que têm tomado a dianteira, como é o caso, por exemplo, do salário mínimo, do repouso semanal remunerado, das férias integrais, da jornada da trabalho, sobretudo nos grandes centros.

---

[47] O Decreto n. 3361, de 10/02/2000, regulamentou a MP 1986-13, de 21/12/2000, que autorizou a inclusão do empregado doméstico no FGTS e no programa de seguro-desemprego, a requerimento do empregador, acrescendo à Lei 5859/72, a partir de seu art. 6º-A, dispositivos a isso atinentes.

[48] Os grifos são nossos.

[49] SILVA, Otacílio P. Empregados domésticos. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 364.

Alguma dificuldade por vezes existe, na identificação do empregado como doméstico, quando a sua energia de trabalho é utilizada pelo empregador não apenas para os serviços caseiros de faxina ou cozinha, por exemplo, mas também para a limpeza de um escritório ou consultório, salão de beleza ou pequeno ambiente (extensão da casa residencial) em que o empregador explore algum comércio. Desde que essa atividade lucrativa não se revele eventual (no sentido de depender de acontecimento incerto ou imprevisto), temos como induvidoso que o empregado perderá a condição de doméstico, assim se posicionando, por igual, Amauri Mascaro Nascimento[50].

A terceira e última característica do emprego doméstico é o fato de o trabalhador desenvolver os seus misteres no *âmbito residencial de pessoa ou família.* Anota Rodrigues Pinto[51], em consonância com orientação doutrinária preponderante, que:

> [...] deve ser considerado que o trabalho se caracteriza como doméstico mesmo prestado fora do âmbito residencial, desde que voltado para o serviço da família do tomador. É o que acontece, reconhecidamente, com o chamado motorista particular, cuja prestação é bem diversa, em termos de âmbito, da entregue pelo jardineiro ou pela governanta da residência, embora todos eles sejam empregados domésticos, para os efeitos laborais.

A alusão à *residência* não é de rigor técnico (a *residência* é definida, pelos civilistas, como o lugar em que a pessoa mora ou tem o centro de suas ocupações), compreendendo-se, por isso e para os fins da Lei 5859/72, que há trabalho no *âmbito residencial* quando tal sucede na casa de veraneio ou no *trailer* onde se usufruem as férias. É bom ver, ainda, que o empregado doméstico pode prestar serviço na cidade ou no campo, assim se apresentando o caseiro de chácara de recreio ou, mesmo em propriedade rural desenvolvida com vistas ao lucro, o empregado cuja força de trabalho seja destinada exclusivamente a prendas do lar.

Ainda no tocante ao âmbito residencial, a lei o refere como o da residência da pessoa ou da família. Com razão, alguns autores[52] têm enfatizado que, a salvo os casos em que o dono da casa mora sozinho, como sucede a celibatários e a misantropos, a qualidade de *empregador doméstico* deve ser atribuída à família, inclusive quanto à representação em juízo.

Por fim, impende ressaltar que a Lei 2757, de 1956, garantiu aos empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais a regência de seus respectivos contratos pela Consolidação das Leis do Trabalho, embora não haja dúvida quanto ao caráter contínuo e não lucrativo dos serviços prestados, por esses trabalhadores, no âmbito residencial dos condôminos. É indubitável que não somente aos empregados em *prédios de apartamentos residenciais,* mas também àqueles que se empreguem em qualquer outro condomínio (casas residenciais ou de campo) estender-se-ão as vantagens da Lei 2757/56, sob pena de se emprestar ao seu preceito uma inteligência que, sendo restritiva demais, agrediria o fim social que lhe é inerente.

7.5.4 O empregado em domicílio

---

[50] *Op. cit.*, p. 700.
[51] *Op. cit.*, p. 118.
[52] GONÇALVES, Emílio, GONÇALVES, Emílio Carlos Garcia. *Direitos sociais dos empregados domésticos.* São Paulo: LTr, 1991. p. 79. O autor faz remissão, em apoio de sua tese, a Valentin Carrion.

Se o trabalho não é prestado na residência do empregador – como no emprego doméstico –, mas, sim, no domicílio do trabalhador? Ainda assim poderá haver vínculo de emprego? A resposta está no art. 6º da CLT, *verbis:*

> "Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego".

Basta, portanto, que estejam presentes os elementos essenciais da prestação laboral, previstos no art. 3º da CLT (*pessoalidade, não eventualidade, subordinação* e *onerosidade*). A circunstância de o trabalhador prestar serviço em seu próprio domicílio (casa, escritório, oficina de arte ou ofício etc.) não impedirá a configuração do liame empregatício. A dificuldade está, porém, na tarefa de se perscrutar a ocorrência desses elementos, notadamente da *subordinação* e da *não eventualidade*, quando o trabalho é realizado longe dos olhos do suposto empregador e, assim, há um inevitável abrandamento do poder de controle.

Quanto à subordinação, melhor é perquiri-la sob o enfoque inverso, ou seja, cabe investigar, frente a um caso concreto, sobretudo se a prestação de trabalho está inserida na estrutura econômica ou técnica de que se vale o tomador do serviço para tocar o seu negócio. Em suma, compete discernir se o pretenso empregado está sujeito ao *poder de organização* exercido pelo suposto empregador ou se, em vez disso, este último, o empresário, pode prescindir da utilidade do trabalho sem suprir essa sua falta mediante a contratação de outro provedor da força laborativa.

Mais adiante, veremos que o empresário constitui sua *empresa* quando *organiza os fatores de produção* com vistas à produção de bens ou serviços. O trabalho em domicílio pode, ou não, estar entre os fatores de produção *organizados* pelo empresário, existindo emprego, por óbvio, somente no caso afirmativo. O exercício do poder diretivo (em sua modalidade *poder de organização*) pode, inclusive, ser inferido do seguinte trecho, extratado da obra de Martins Catharino[53]:

> O trabalhador a domicílio distingue-se do artesão pelo fato principal de não ter contato com a clientela consumidora. Ou seja, não produz para o mercado, e sim para outrem determinado, de quem recebe matéria prima, e até ferramentas, com as quais, especificando a primeira, manufatura, com ou sem o auxílio de máquinas simples, determinados produtos, em local por si escolhido..., do qual tem a posse ou a propriedade.

Os demais componentes da subordinação serão observados com critério, não obstante já tenhamos ressaltado a sua atenuação no trabalho a domicílio. Imaginemos, por exemplo, uma cozinheira ou uma lavadeira que atenda, em sua casa, a serviços permanentemente necessários ao desenvolvimento de uma empresa, ou ainda, um alfaiate que preste serviço em seu domicílio, mas com a regularidade daquele que o faz no estabelecimento empresarial.

Cumpre, então, ao agente do direito, seriamente interessado em identificar a natureza de uma relação de trabalho qualquer, indagar se o tomador do serviço está a controlar, mediante a definição de técnica de produção ou prévia estipulação de quantidade de peças ou tarefas produzidas em período certo, a prestação laboral. É que só assim haverá

---

[53] CATHARINO, *op. cit.* p. 386.

subordinação em grau absoluto. E se acaso confirmar, também, o exercício do poder diretivo *stricto sensu*, será fácil concluir que o descumprimento da ordem expõe o trabalhador a virtual punição, configurando-se o exercício do poder disciplinar.

Sobremais, é evidente que a *não eventualidade* será o outro elemento distintivo cuja presença terá, sempre, relevo inescondível, no trabalho em domicílio. Naqueles exemplos acima propostos, podemos entender que os serviços de cozinha, lavanderia ou costura serão provavelmente prestados por *empregados* se estes provirem necessidades permanentes de empresas – voltadas ou não à atividade correlata. Nesse sentido, suponhamos que os citados trabalhadores em domicílio estejam atendendo a empresários que se dediquem ao fornecimento de marmita ou alimentos enlatados, no caso do cozinheiro; à atividade de lavanderia, no exemplo referente à lavadeira de roupas; à indústria de confecções, na hipótese do alfaiate. Em todos essas situações, avulta a relevância do *nexo entre as atividades do prestador e do tomador*, tida por Rodrigues Pinto[54] como fundamental para desvendar a necessária subordinação.

Mas também pode ocorrer de o serviço em domicílio consistir na lavagem de fardamento dos empregados, utilizado na prestação de trabalho fabril ou, por outra, como uniforme de equipe amadora de futebol. Nada a ver com a atividade-fim da suposta empregadora, portanto. Ainda assim, somente o fato de o serviço em domicílio ter decorrido de fato incerto, como a participação da empresa, por seus empregados, em torneio esportivo episódico, poderá descartar o elemento ora examinado (a *não eventualidade*), desnaturando a relação de emprego. Por sua vez, os que lavassem o fardamento usado rotineiramente pelos industriários seriam, a princípio, empregados.

Um derradeiro parêntese sobre o trabalho em domicílio: a inserção do preceito insculpido no art. 6º da CLT derivou da necessidade de o legislador proscrever a prática empresarial intitulada *sweating system*, que Martins Catharino[55] classifica como "uma das páginas mais negras da História do Trabalho. Uma das formas mais agudas da exploração da pessoa humana durante o arranco do capitalismo. Várias indústrias nascentes criaram um sistema de produção altamente explorador, através da fábrica disseminada (Gide) ou dispersa (J. Pinto Antunes...)". Curiosamente, essa forma de produção econômica, que o autor baiano disse estar superada em 1972 (ano de edição da obra consultada), parece ressurgir qual Fênix, a ave mitológica, nas cinzas do *teletrabalho.*

7.5.5 O trabalho *intra-familiar* – entre filhos e pais ou entre cônjuges

Pai e filho podem ser sujeitos de um contrato de emprego, como empregador e empregado, ou vice-versa? É claro que poderá haver contrato de emprego assim constituído, especialmente se ausente o ânimo da gratuidade. A nossa experiência, como magistrado, permitiu-nos visualizar onerosidade, todavia, em poucos dos processos nos quais uma controvérsia de tal ordem fora posta à apreciação. Noutros, o amor filial se deixara invadir pelo interesse de retaliar alguma atitude malquista do pai até então amantíssimo, mas sem efeito retroativo. O que fora o *intuito de colaboração* numa empresa familiar não se converte, em etapa posterior e sob a influência de conflito eclíptico ou imprevisto.

---

[54] *Op. cit.* p. 113.
[55] CATHARINO, *op. cit.* p. 386.

Délio Maranhão[56] anota, com o nosso usual acatamento, que "alguns autores, como Clóvis e M. I. Carvalho de Mendonça, comentando o art. 1132 do Código Civil, sustentam que a proibição legal" – refere-se à impossibilidade de o pai vender ao filho ou com este permutar sem a anuência dos demais – "se estende a todo e qualquer contrato que tenha por fim fraudar a legítima. Mas, aí, é o intuito da fraude que invalida o contrato".

Situação diversa é a dos cônjuges, quando um destes se apresenta como trabalhador a serviço do outro. Malgrado a festejada divergência de Evaristo de Moraes Filho e Martins Catharino[57], que admitem a configuração do vínculo de emprego qualquer que seja o regime de bens, estamos novamente a concordar com Délio Maranhão[58], *litteris:*

> Se o regime dos bens é o da comunhão universal, quando assim for validamente convencionado (art. 258 do Código Civil[59]), não vemos como se possa estabelecer um contrato de trabalho entre os esposos. Até a dissolução da sociedade conjugal, os bens de ambos os cônjuges permanecem em um estado de indivisão. Ora, o patrimônio do empregador responde pelas obrigações resultantes do contrato de trabalho. Como admitir, portanto, que um cônjuge se torne credor do outro?

O regime da comunhão universal de bens impede mesmo a formação do vínculo ou subsistência da relação de emprego anterior ao casamento. Não há, com efeito, como supor que o cônjuge empregado possa executar o seu crédito em face do outro, vez que sobre o patrimônio comum recairia a constrição judicial. E a *confusão* (artigo 381 do novo Código Civil) extingue a obrigação, afinal.

Acontece, enfim, de o vínculo de emprego não se estabelecer entre pessoas da mesma família, mas, em vez disso, de alguns familiares auxiliarem aquele, entre eles, que se responsabiliza pela provisão de alimentos para todos, trabalhando como empregado para terceiro. É comum, *exempli gratia*, o trabalhador rural se valer de mulher e filhos, muitas vezes menores, para tarefas que são rotineiras no campo, como o pastoreio de pequenas reses ou a guarda de galináceos. Essa solidariedade no seio familiar acontece também no trabalho em domicílio, longe dos olhos de quem toma os serviços.

Se o empregador do esposo ou do pai vale-se, conscientemente, dessa força adicional de trabalho, exigindo-a das pessoas que integram a família de seu empregado e que realmente a despendem, o reconhecimento de vínculo empregatício com todos os familiares, que para ele trabalham, parece-nos inevitável. O mesmo não sucede, porém, quando o titular da empresa, urbana ou rural, cobra a prestação de trabalho somente de um dos membros da família e este, à revelia do seu empregador, transfere para cônjuge ou filhos a responsabilidade de cumprir os seus afazeres. Sendo pessoais os atos de emprego (o que implica a consideração, pelo empregador, dos atributos morais e profissionais de quem contrata), não assimilamos como razoável a configuração de liame empregatício entre o titular da empresa e aqueles que, sem o seu consentimento, para ele laboram, movidos por interesse afeto à solidariedade que caracteriza as relações familiares.

7.5.6 O empregado aprendiz

---

[56] MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho* / Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Viana. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 296.
[57] *Apud* CATHARINO, *op. cit.* p. 398.
[58] MARANHÃO, *op. cit.* p. 294.
[59] Artigo 258 do Código Civil de 1916, que corresponde ao artigo 1640 do novo Código Civil.

O art. 428, da CLT, define o "contrato de aprendizagem como o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de vinte e quatro anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação"[60]. A idade máxima do aprendiz não se aplica aos deficientes (art. 428, § 5º, da CLT).

Como se nota, ao menor será então assegurada, além da contraprestação salarial (ou como parte desta, segundo alguns doutrinadores), a *aprendizagem* de ofício ou ocupação, mediante curso ministrado pelos Serviços Nacionais de Aprendizagem ou, quando não ofertarem estes o curso específico ou dispuserem de vaga, pelas Escolas Técnicas de Educação ou por entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente[61]. Somente nessa derradeira hipótese (aprendizagem promovida por entidade sem fim lucrativo) o aprendiz não será um empregado, sendo-o nas demais.

Até a edição da Lei 10.097, de 2000, sempre coube ao SENAI e ao SENAC relacionar os ofícios e ocupações que podiam ser objeto de aprendizagem metódica, especificando o tempo necessário a essa aprendizagem em cada caso. Tudo se dava com expressa aprovação pelo Ministério do Trabalho, através da Portaria n. 43, de 1953. A depender do ofício ou ocupação, a aprendizagem podia durar até três anos, não sendo possível que perdurasse além do tempo previsto pelo SENAI ou pelo SENAC, na relação sobredita. A citada lei (Lei 10.097/00) reduziu a dois anos o prazo máximo para a aprendizagem, não mais prestigiando o tempo necessário à capacitação de cada ofício ou profissão, antes recomendado por mencionadas instituições. O prazo de dois anos para o encerramento do estágio somente não se aplica nos casos de aprendizes que sejam portadores de deficiência física, como se extrai da nova redação do art. 428, §3º, da CLT.

E como repercute o tempo de aprendizagem no contrato de emprego? O término da aprendizagem implica, necessariamente, o desate contratual? É conveniente distinguir a aprendizagem *compulsória*, exigida pelo art. 429 da CLT[62], da aprendizagem *facultativa*. Sendo facultativa, a vigência do contrato de emprego poderá ser fixada em consonância com o tempo de aprendizagem ou poderá ainda o contrato ser por tempo indeterminado, não contaminando a sua vigência o término da formação profissional (não haverá então, *contrato de aprendizagem*, mas sim *cláusula de aprendizagem* em contrato por tempo indeterminado).

---

[60] Redação de acordo com a Lei 11.180, de 2005, que elevou para 24 anos a idade máxima do aprendiz.

[61] Art. 430 da CLT. Antes de a Lei 10097/2000 dar a esse dispositivo tal redação, a Portaria n. 127, de 18-12-56, atribuía ao SENAI e ao SENAC o ministério da aprendizagem ou, à falta de curso ou vaga oferecida por esses entes sociais autônomos, autorizava o empregador a promover a formação profissional de seu empregado sob a orientação das citadas entidades (SENAI ou SENAC), que seriam, assim, os "órgãos educacionais de aprendizagem próprios da Indústria e do Comércio e que já estão situados, pela legislação em vigor, como auxiliares do Poder Público".

[62] O mencionado dispositivo prescreve que os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar aprendizes em número equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, do total de seus empregados. O art. 11 da Lei 9841/99 dispensa as micro-empresas e empresas de pequeno porte da obrigação de cumprir essa obrigação.

Cuidando-se de aprendizagem compulsória, são duas as alternativas: o menor aprendiz completar vinte e quatro anos de idade ou se esgotar o tempo máximo de aprendizagem antes desse limite etário. Neste último caso, considera-se que o contrato é a prazo e, salvo na hipótese de se converter este em contrato por tempo indeterminado pelo simples fato de o trabalho continuar sendo prestado, teremos a extinção do contrato de emprego, sem que o empregador deva qualquer indenização. Neste sentido, a lição de Délio Maranhão[63].

Na hipótese de o período de aprendizagem compulsória (compulsória, vale dizer, para o empregador, que deve ter em seus quadros um determinado número de aprendizes), parece que se entrechocam o fim social dessa exigência (de contar a empresa com aprendizes) com a inconveniência de impor ao empregador a manutenção de empregado que, em verdade, somente teria sido contratado para atender à dita compulsoriedade. Antes de a regência da aprendizagem ser alterada pela Lei 10097/00, essa situação não era regulada por norma estatal e, a cavalheiro, Délio Maranhão propunha a solução que lhe parecia a mais justa: "Nessa hipótese, o contrato considera-se prorrogado, com o mesmo caráter de aprendizagem, até que termine aquela formação. Parece-nos que esta solução é a que melhor se harmoniza com a finalidade do instituto".

Atualmente, o artigo 433 da CLT está a enumerar as causas de cessação do contrato de aprendizagem, incluindo já em seu *caput* os casos de extinção normal desse contrato, quais sejam, o advento do termo final (tempo previsto de aprendizagem) e também o fato de o aprendiz completar vinte e quatro anos de idade. Ante a expressa previsão legal em sentido oposto, não nos parece mais sustentável o ensinamento de Délio Maranhão, fundado apenas na eqüidade.

A doutrina divergia quanto ao contrato de aprendizagem ser ou não formal, uma vez que o art. 5º do Decreto 31546/52 impunha a sua anotação na CTPS, mas era eloqüente a observação de Délio Maranhão[64], ao se redimir este renomado laboralista de posição antes defendida e sustentar, *litteris:*

> A exigência da anotação do contrato na carteira para sua validade não está na lei. O contrato de aprendizagem é um contrato de trabalho e este, nos termos da lei, sendo consensual, prova-se por todos os meios em direito permitidos. Não podia, assim, um simples decreto fazer da anotação na carteira condição essencial para a validade do contrato.

Parece-nos que a questão merece, hoje, outro tratamento, ante a inclusão, no §1º do artigo 428 da CLT, de norma expressa: "A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica". A frequência à escola de nível médio somente é dispensada nas localidades onde não haja escola disponível e desde que o aprendiz já tenha concluído o ensino fundamental (§7º do art. 428 da CLT).

Assim, não há contrato válido de aprendizagem sem a sua prévia anotação na CTPS do empregado e a real submissão deste, por promoção do empregador, ao ensino

---

[63] MARANHÃO, *op. cit.* p. 257.
[64] MARANHÃO, *op. cit.* p. 256.

metódico de profissão ou ofício. Na hipótese de serem desatendidas essas exigências de caráter formal, o contrato poderá ser de emprego, mas não se classificará como contrato de aprendizagem, para o efeito, *exempli gratia*, de exonerar o empregador da cota de aprendizes a que está obrigado.

7.5.6.1 Distinção de *aprendizagem* e *estágio curricular*

Não podemos confundir o contrato de aprendizagem com o contrato de estágio que é, a seu turno, regulado atualmente pela Lei 11.788 de 25 de setembro de 2008. Enquanto a aprendizagem se apresenta normalmente como uma etapa inicial da própria relação de emprego, o estágio é, por definição legal, um ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular. Ali há emprego, ou emprego preferencialmente, enquanto cá, no estágio, o que existe é uma extensão da atividade pedagógica.

Conforme preceitua o art. 15 da citada lei de regência, o desvirtuamento do contrato de estágio o converte em contrato de emprego e o órgão público ou estabelecimento empresarial que promoveu a simulação ficam impedidos de receber estagiários por dois anos. A orientação jurisprudencial n. 366 da SDI 1 do TST ressalva apenas a hipótese de a parte infratora ser a administração pública, quando então o reconhecimento de vínculo de emprego estaria vedado pela inocorrência de prévio concurso, sabidamente exigido pelo art. 37, II, da Constituição.

O estagiário haverá sempre de estar frequentando o ensino regular em instituição de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos (art. 1º da Lei 11.788/2008), sendo que o estágio pode ser obrigatório ou não. Será obrigatório quando definido como tal no projeto do curso e sua carga horária for requisito para a obtenção do diploma. O estágio não obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescido à carga horária regular e obrigatória (art. 2o).

O contrato de estágio tem sempre uma composição tripartite, pois dele participam a instituição de ensino, a parte concedente (empresa ou órgão público que recebe o estudante) e o próprio estagiário. Inicia-se mediante a subscrição por todos de termo de compromisso, no qual são indicadas as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar, como está a exigir, textualmente, o art. 7o, I, da Lei 11.788/2008. Entre outras incumbências atribuídas à instituição de ensino, reza esse dispositivo que lhe cabe a indicação de professor orientador, especializado na área a ser desenvolvida no estágio, o qual figurará como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estagiário, cabendo-lhe ainda exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a seis meses, de relatório de atividades.

A frequência com que a Justiça do Trabalho é provocada por trabalhadores que são formalmente contratados como estagiários, mas em verdade protagonizam uma maldisfarçada relação de emprego, pois nada do que fazem se associa ao programa de estudos a que se submetem na instituição de ensino, impôs ao legislador uma preocupação à parte, qual seja, a de exigir que a instituição de ensino indique um orientador, consoante já explicado, e que a parte concedente designe uma pessoa de seu quadro de pessoal, com

formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar cada grupo de até dez estudantes (art. 9o, III, da Lei 11.788/2008). A parte concedente deverá enviar à instituição de ensino um relatório de atividades, pelo menos a cada seis meses, entregando ao estagiário, ao fim do contrato, um termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho (art. 9o, V e VII).

Ademais, o mesmo legislador estabeleceu, preventivamente, um cota máxima de estagiários quando não se tratar de estudantes de nível superior ou de nível médio profissional, a ser observada na proporção dos empregados que prestam trabalho em cada estabelecimento da parte concedente (art. 17); e assim agiu, certamente, para evitar que se disseminem os falsos estágios oferecidos para o ensino fundamental ou médio, exatamente onde a correlação necessária entre o programa pedagógico e o trabalho porventura cobrado do estagiário é de mais difícil percepção. A essa cota máxima se associa uma cota mínima de 10% das vagas de estágio oferecidas, em favor dos deficientes físicos, combinando-se assim a prevenção contra a fraude à proteção trabalhista com a discriminação positiva das pessoas com necessidades especiais.

A novidade mais auspiciosa é, porém e certamente, o elenco de direitos trabalhistas que o Capítulo IV da Lei 11.788/2008 enumera em favor dos estagiários e que agora se somam à possibilidade de remuneração a título de bolsa e à imposição de seguro contra acidentes pessoais. Agora lhes é assegurada jornada máxima de quatro horas ou vinte horas semanais no caso de estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional de educação de jovens e adultos; de seis horas diárias ou trinta horas semanais no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular; de quarenta horas semanais nos estágios relativos a cursos que alternem teoria e prática, nos períodos sem aulas presenciais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino. Essa carga horária se reduz pelo menos à metade nos períodos de prova ou avaliação aplicada pela instituição de ensino.

À semelhança das férias asseguradas aos empregados, restou garantido ao estagiário o direito a recesso de trinta dias, sempre que o estágio tenha duração igual ou superior a um ano, a ser gozado preferencialmente durante as férias escolares. Sendo remunerado o estágio, remunerar-se-á igualmente o recesso. E quando o estágio durar menos de um ano, o recesso será concedido de maneira proporcional.

Enfim, é dizer que embora estejam a *aprendizagem* e o *estágio* a bendizer o art. 205 da Constituição, que concebe a educação com vistas ao desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, possível é ressaltar notas distintivas. Como se pode perceber, a *aprendizagem* importa o ensino metódico de ofício ou ocupação propiciado por um contrato de emprego, com a colaboração de entes sociais autônomos; o *estágio* consiste, por sua vez, na preparação do estudante para o exercício de profissão, em etapa prévia à admissão no mercado de trabalho, com a colaboração de instituição de ensino público ou particular.

Como visto, o único caso de aprendizagem que não configura emprego é aquele em que, dada a impossibilidade de o ser pelos Serviços Nacionais de Aprendizagem, a formação metódica é ministrada por entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo

a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, como se pode extrair dos artigos 430, II e 431, *in fine*, da CLT.

7.5.7 Os trabalhadores intelectuais

Houve tempo em que ao trabalho não era atribuído valor social, notadamente ao trabalho *material*. Adianta Sanseverino[65] que "nas civilizações antigas até, digamos, o advento do Cristianismo, encontramos generalizado desprezo pelo trabalho; todas as sociedades primitivas aparecem de fato organizadas com base numa divisão de atribuições, que reservava o trabalho às classes mais baixas e, em particular, aos escravos".

Remata a mesma autora que "esta organização social, que se repete em Roma, teve direta influência sobre a disciplina do trabalho no direito romano. Com efeito, a hipótese de um trabalho retribuído era quase sempre relacionada ao trabalho material, as operae illiberales, as quais deviam ser prestadas apenas por indivíduos considerados no mesmo plano dos escravos." Mais adiante, veremos os trabalhadores intelectuais (geômetras, advogados etc.) percebendo retribuição, pelos serviços que prestavam, a título de honorários (etimologia: *honor* ou "honra"), e, num movimento igualmente centrípeto, a dignidade do trabalho material implicando a sua proteção e a contrapartida salarial. No núcleo desse átomo, para o qual convergiam essas tendências, florescia, emergente, o direito do trabalho.

Proscrevendo, definitivamente, qualquer distinção entre um e outro trabalhador, surgiram normas que, a exemplo do artigo 7º, XXXII, da Constituição, prescrevem a "proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos". A dificuldade está, porém, em dizer da existência de contrato de emprego quando o trabalho é intelectual, ou seja, quando o trabalhador é um *profissionista*, que é "*aquele empregado"*, sendo empregado, "*cujo trabalho supõe uma especial cultura científica ou artística"*, à expressão de Orlando Gomes e Elson Gottschalk[66].

Esses ilustrados autores baianos propõem que se examine, primeiramente, em que medida o *profissionista* (um médico, dentista, advogado, engenheiro, químico, arquiteto, agrônomo, veterinário etc.) está prestando serviço exclusivamente ao suposto empregador, a tempo parcial ou total. É evidente que a *exclusividade*, como já vimos, é elemento apenas acidental da prestação de trabalho, mas, não há dúvida: induz *subordinação.*

Riva Sanseverino[67] lembra que o conceito de colaboração, encontrado na doutrina alienígena como a referir um dos elementos distintivos da relação de emprego privado, ajuda a divisar a figura do *empregado-trabalhador intelectual*. Porque já temos a idéia, bem consolidada, de que a subordinação importa a sujeição ao *poder diretivo* e que este se expressa também através do *poder de organização,* parece-nos elucidativa a transcrição seguinte, em que a juslaboralista peninsular utiliza o termo *operário* para identificar o prestador de trabalho predominantemente manual e a palavra *empregado* para distinguir o trabalhador intelectual. *Verbis:*

---

[65] SANSEVERINO, *op. cit.* p. 58.
[66] *Op. cit.* p. 97.
[67] SANSEVERINO, *op. cit.* p. 62.

> [...] os operários colaboram, em geral, na atividade da empresa, quando dirigida para a produção de bens e serviços, ao passo que os empregados colaboram, em particular, na organização (e na gestão) da própria empresa. Por outras palavras, enquanto os operários colaboram na empresa, os empregados colaboram (...) com a empresa.

Essa maneira de visualizar o trabalhador intelectual no contexto da empresa auxilia, por vezes (a relatividade do critério é admitido pela autora citada), na compreensão do modo como se perfaz o exercício do *poder de organização,* quando se está a cuidar do trabalho intelectual.

Mas há um outro elemento, componente da *subordinação*, que aparece delgado, menos denso, quando o trabalhador é um *profissionista*. O operador do direito laboral deve compreender que o *poder diretivo* se esgarça, embora não se desfigure, quando o advogado, não obstante seja reconhecidamente um empregado, elege o tipo de ação e a oportunidade de propô-la em juízo, redigindo-a em atenção à estratégia processual que entende mais útil à tutela dos interesses patronais, sem ouvir ou aguardar a ordem do empregador que, num contraponto, poderia ferir a ética profissional ou acarretar, porque tardia, a prescrição extintiva. Bem assim o dentista ou o médico, cuja técnica de trabalho refoge à orientação do credor de sua prestação laboral.

Vimos, contudo, que a *subordinação técnica* não é elemento essencial da prestação laboral (a subordinação *jurídica*, com fundamento no *contrato,* é o elemento caracterizador do vínculo de emprego), porquanto possam ser *empregados* o advogado, o médico ou o dentista mencionados, no exemplo supra, se mantiverem a sua energia de trabalho à disposição do empregador. Vale dizer: o empregador não os recruta para serviços instantâneos ou isolados, mas para atender a necessidades permanentes da empresa, que importem a colaboração desses trabalhadores *com a organização empresarial* ou impliquem a submissão destes a condições de trabalho *organizadas pelo empregador*.

Por derradeiro, cabe lembrar interessante questionamento proposto por Tarso Fernando Genro[68], quanto ao *advogado,* particularmente o que dá assistência trabalhista, ter o dever ético de prevenir o cliente para a existência de contrato de trabalho, em face das condições concretas em que a prestação se opera. A resposta é do mesmo e renomado laboralista gaúcho:

> A essência das relações existentes no contrato de trabalho não é, pois, como já sustentamos, a vontade aprioristicamente examinada, mas o aperfeiçoamento da relação de trabalho em direção a um determinado tipo, o qual, nas suas manifestações materiais, nem sempre previne as partes, de forma mecânica, da existência da relação de emprego. Detonado o rompimento contratual da comunhão de interesses que unia o advogado a outra parte, nada mais moral que ele busque na Justiça a declaração judicial das verdadeiras relações existentes.

O ofício, pois, de distinguir as hipóteses em que se afigura o *trabalhador intelectual subordinado* daquelas outras hipóteses em que milita o *profissional liberal autônomo* é quase sempre dificultoso e não pode prescindir da aplicação, sempre que possível, das noções apreendidas quando do estudo do princípio da razoabilidade.

7.5.8 Os *empregados-sócios*

[68] *Op. cit.* p. 110.

O tema talvez estivesse mais bem situado no capítulo em que estudamos o princípio da primazia da realidade, porque ganha foro de relevância exatamente em razão da profusão de casos em que contratos de sociedade são simulados com o firme propósito de assim se dissimular um contrato de emprego. São trabalhadores que aparecem nos estatutos sociais como *sócios* minoritários e, em verdade, não mantém com os reais integrantes da sociedade a *affectio societatis*, que é, segundo Fábio Ulhoa Coelho[69]:

> [...] a disposição, que toda pessoa manifesta ao ingressar em uma sociedade comercial, de lucrar ou suportar prejuízo em decorrência de um negócio comum. Esta disposição, este ânimo, é pressuposto de fato da existência da sociedade, posto que, sem ela, não haverá a conjugação de esforços indispensável à criação e desenvolvimento do ente coletivo.

Há tipos societários mais permeáveis a iniciativas fraudulentas. O novo Código Civil não mais inclui a sociedade de capital e indústria entre as espécies de sociedade[70]; porém, sob a regência do Código Comercial de 1850, ocorreu de se prestarem à fraude essas sociedades, em que o sócio de indústria contribui para a formação da sociedade apenas com o seu trabalho (sendo-lhe vedado integrar o capital social com bens, crédito ou dinheiro), não tendo responsabilidade, sequer subsidiária, pelas obrigações sociais. Um campo aberto, portanto, a que trabalhador fosse contratado por empresário menos escrupuloso a pretexto de constituírem, com o conteúdo de um liame empregatício, um contrato que tivesse a forma de uma sociedade de capital e indústria.

Não é difícil percebermos, também, contratos de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em que a distribuição das cotas sociais, visivelmente desproporcional, e a aparente impossibilidade de se apurar o modo de integralização das cotas minoritárias mascaram, a mais não poder, a real existência de um contrato de trabalho subordinado.

Até aqui cogitamos de fraude e, nem por isso, perfilhamos entre os que sustentam a impossibilidade jurídica de se ser, ao mesmo tempo, sócio e empregado. Nessa corrente oposta, parecem estar Gomes e Gottschalk[71], para quem, "em uma empresa, o indivíduo não pode ser simultaneamente sócio e empregado. Se é sócio, sua condição é de empregador. Ora, ninguém pode ser empregado de si próprio. Não há, portanto, possibilidade de confusão". Os citados autores rematam: "Nas dobras de um contrato de sociedade oculta-se, não raro, uma relação de emprego. O indivíduo é nominalmente sócio, mas, realmente, empregado. Participa do contrato social, mas trabalha como os outros empregados [...]"

Essa orientação não pode prevalecer, porém, nos casos em que as condições de sócio e empregado coexistem, harmoniosamente. Por exemplo, o sócio (diz-se *acionista*) de uma sociedade anônima, titular de algumas poucas ações, pode ser um de seus empregados, nada obsta.

7.5.9 O trabalhador *cooperativado*

A *cooperativa* é um sistema de ajuda mútua, em que as pessoas se unem para estabelecer formas de produzir bens ou serviços (cooperativas de produção), de consumir

---

[69] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 122.
[70] *Vide* Livro II, Título II, do novo Código Civil.
[71] *Op. cit.*, p. 92.

bens que atendam às suas necessidades (cooperativas de consumo) ou de obter linhas de financiamento ou crédito (cooperativas de crédito), eliminando a figura do intermediário (agente do capital). Conforme observa Waldírio Bulgarelli[72], a cooperativa age assim "tentando conseguir o justo preço e atua como forma organizada para a produção de bens e serviços, portanto, uma empresa".

Rodrigues Pinto[73] define o *cooperativismo* como "a união de pobres para produzirem riqueza sem a interferência dos ricos". A definição tem o mérito de acentuar, com forte poder de síntese, os dois principais elementos do cooperativismo: o *propósito de ajuda mútua* e a *substituição do intermediário.* O mesmo autor ressalta ainda que a Lei 5764, de 1971, especificou o *fim da atividade* das cooperativas como sendo *prestar serviços aos associados*. A bem dizer, o novo Código Civil ressalva a sobrevigência da legislação especial (artigo 1093), mas adianta características da sociedade cooperativa que vêm ao encontro do sentimento de cooperação e solidariedade a que nos referimos. Reza o artigo 1094 do novo Código Civil que são características da sociedade cooperativa:

> I – variabilidade, ou dispensa do capital social;
> II – concurso de sócio em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;
> III – limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;
> IV – intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à entidade, ainda que por herança;
> V – *quorum*, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;
> VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;
> VII – distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;
> VIII – indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

A sociedade que desatender a essas características ou ao postulado da cooperação mútua, que é a elas subjacente, decerto está a disfarçar um outro tipo societário, não é uma cooperativa propriamente.

A cooperativa pode ter empregados, contudo. Não os teria, no entanto, entre os seus associados, unidos pelo objetivo único da solidariedade, estranho ao sentimento dos sujeitos do contrato de emprego. Sucede, todavia, que o parágrafo único do artigo 442 da CLT, acrescido ao texto consolidado pela Lei 8949, de 1994, propõe seja legitimado um quarto tipo de cooperativa (que acresce às cooperativas de produção, de consumo e de crédito), ao dispor:

> "Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço daquela" (grifo nosso).

---

[72] *Apud* Jorge Luiz Souto Maior, Revista LTr 60-08/1060.
[73] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *O Direito do Trabalho e as Questões de Nosso Tempo.* São Paulo: LTr, 1998. p. 118.

A primeira parte do dispositivo diz o óbvio: inexiste possibilidade de o cooperativado ser empregado da cooperativa, que está a integrar como tal. Mas, ao cogitar de cooperativas que prestem serviço a terceiros e, portanto, não estejam destinadas a satisfazer apenas as necessidades dos cooperativados, o legislador deu base legal às chamadas *cooperativas de trabalho* ou *cooperativas de mão-de-obra.* Jorge Luiz Souto Maior[74] sustenta a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 442 da CLT, acima transcrito, lembrando que o artigo 1º, IV, da Constituição adota como princípio fundamental o *valor social do trabalho* e...

> [...] as cooperativas, portanto, apesar de terem evidentes objetivos empresariais, pois visam à melhoria das condições de vida de seus associados, não podem ser constituídas com o único propósito de colocar mão-de-obra a serviço de outrem. O trabalho humano, no nosso atual ordenamento jurídico, é protegido pelas regras trabalhistas e não há métodos intermediários juridicamente possíveis para regular o trabalho não eventual, remunerado e subordinado de uma pessoa por outra.

Contra esse entendimento há, todavia, o *fato social* que dera origem à norma. Em verdade, o preceito consolidado, que se imagina em contraste com o princípio constitucional, fora positivado por influência dos partidos políticos que ostentam grande afinidade com as causas sociais, pois grassava, então, a notícia de que entidades comprometidas com projetos alternativos de reforma agrária estariam interessadas em afastar, das relações de trabalho estabelecidas nas cooperativas de trabalho que os seus agentes formavam, o espectro do direito laboral.

Aparecem, atualmente, também e sob a proteção do mencionado dispositivo, cooperativas de vigilantes e de motoristas, por exemplo, que têm o claro e auspicioso propósito de substituir as sociedades empresárias que intermediavam esse tipo de trabalho junto a entes paraestatais (é consabido que em relação a estes não pode ser reconhecido o vínculo de emprego, ante a proibição contida no artigo 37, II, da Constituição). Alvíssaras sejam rendidas à possibilidade de o acréscimo de remuneração do trabalho ser convertido em um *plus* para o cooperativado, e não em lucro para a empresa prestadora de serviço assim substituída.

Não nos parece razoável, portanto, que sustentemos a inconstitucionalidade de um dispositivo legal com base em um princípio que visa, num contra-senso, à proteção daqueles a quem interessa a norma inserta neste dispositivo. Por outro lado, admitir a eficácia do artigo 442, parágrafo único, da CLT, significa entender possível a intermediação de mão-de-obra (*merchandage*) através de *cooperativas de trabalho*, em detrimento da orientação jurisprudencial consagrada na Súmula 331 do TST. E, afinal, para que se deduza a existência de emprego, basta que se perceba a subordinação do prestador de trabalho, pretenso cooperativado, ao tomador final do serviço.

A todos parece cerebrina a hipótese de a cooperativa de trabalho intermediar a mão-de-obra sem que isso implique a subordinação do trabalhador, ou seja, sem a sujeição deste ao poder diretivo exercido pelo tomador de serviço. Em implacável crítica ao art. 442, parágrafo único, da CLT, Rodrigues Pinto[75] pondera:

---

[74] MAIOR, Jorge Luiz Souto. Cooperativas de trabalho. Revista LTr 60-08/1060. São Paulo, v. 60, n. 08, agosto de 1996.

[75] PINTO, José Augusto Rodrigues de. *O direito do trabalho e as questões de nosso tempo.* p. 133.

> [...] muito mais frutuoso seria (ou será) que, excepcionalmente, se autorize a cooperativa a celebrar diretamente com o apropriador o contrato de prestação de serviços entre pessoas jurídicas, de cuja execução ficará excluída a pessoalidade, assumindo o ônus de indicar o associado ou associados que, sem vínculo de subordinação, vão desenvolver a atividade, e repassando ou repartindo a prestação que receber.

Como quer que seja e com respaldo no princípio da razoabilidade, o ônus de provar a inexistência da subordinação jurídica ou da pessoalidade seria do tomador do serviço, porque, nos casos em que se constata a prestação de trabalho, a relação de emprego se presume. Fora daí, inteira pertinência teria a conclusão do professor Rodrigues Pinto[76], *ipsis litteris:*

> A flexibilização do Direito do Trabalho, tentada artificialmente pela Lei n. 8949/94, é necessária para colocá-lo à altura da realidade econômica e social de nosso tempo, mas deve ser alcançada por meios mais imaginativos e menos agressivos ao próprio Direito.

7.5.10 O trabalhador rural

A atividade rural surgiu antes da indústria ou do comércio, inclusive porque a agricultura e a pecuária provêem a esses outros setores da economia de matéria-prima com produtos aptos às transações mercantis. No campo, as condições de habitação e alimentação, lazer e transporte do trabalhador se diferenciam ou são supridas através de outros meios, que ao homem citadino não satisfazem. E ocorre mesmo, nesse diapasão, de o trabalho no campo ser regido por legislação específica.

O artigo 7º da CLT excluiu o trabalhador rural da proteção do texto consolidado. Em 1963, surgiu, porém, o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4214/63), com minuciosa regulação do trabalho no campo. Finalmente, sobreveio a Lei 5889, de 8.6.73, que revogou o ETR e previu, em seu artigo 1º, a aplicação subsidiária da CLT. O parágrafo único do citado artigo 1º da Lei 5889/73 mandou que se aplicassem outras tantas leis (que disciplinam o repouso remunerado, 13º salário etc.) em favor do rurícola, *observadas as peculiaridades do trabalho rural.*

Em suma, a Lei 5889/73 passou a ser a lei de regência do trabalho rural e, por obra de seu primeiro artigo, a exclusão prevista no artigo 7º da CLT restou inoculada de antídoto eficiente, ante a possibilidade de se adotar, supletivamente e *no que com ela não colidir,* a Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim ainda ocorre, mas já agora o artigo 7º da Constituição veio em acréscimo, ao enumerar direitos sociais que cabem, igualmente, a trabalhadores urbanos ou rurais. O poder constituinte havia inclusive mantido, no que tange aos rurícolas e em benefício indireto para estes, a prescrição bienal que corria somente a partir da extinção do contrato. A Emenda Constitucional n. 28, de 2000, alterou a redação do art. 7º, XXIX, da Constituição para ordenar que, dali por diante, fosse aplicável aos rurícolas a prescrição de parcelas que suprime, no prazo de cada cinco anos, os direitos adquiridos pelos trabalhadores urbanos.

Resta esclarecer quem seriam, enfim, os trabalhadores rurais. A lei em vigor não os identifica do mesmo modo como operava o art. 7º, b, da CLT, que os definia a partir

---

[76] *Op. cit.*. p. 134.

da natureza da função exercida pelo próprio empregado (função diretamente ligada à agricultura ou à pecuária) e não permitia que assim se classificasse o trabalhador cujas atribuições guardassem pertinência com a atividade industrial ou comercial. Em vez disso, a Lei 5889, de 1973 propôs para o empregado rural um conceito quase reflexo, que se mostra parcialmente derivado do conceito de empregador rural, ao dispor, em seu art. 2º:

> "Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta servicos de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário".

Como se pode facilmente perceber, o conceito de empregado rural repete, *ipsis verbis*, o de empregado, previsto no art. 3º da CLT, salvo quando se reporta ao local do trabalho (*em propriedade rural ou prédio rústico*) e exige o pressuposto do trabalho *para empregador rural.*

Quando invoca o trabalho em propriedade rural ou prédio rústico (as duas expressões seriam sinônimas ou teriam significado semelhante), o legislador enaltece o fim destinado ao imóvel (rural = tocante ao campo ou à vida agrícola) e, neste mesmo passo, exclui da regência da Lei 5889/73 os trabalhadores contratados por empregadores rurais para prestar serviço, exclusivamente, em imóveis urbanos, a exemplo de secretários e contínuos do escritório que serve à empresa rural nos grandes centros. Não há, porém, consenso jurisprudencial[77] e a doutrina prefere, por vezes, enfatizar a destinação rural devotada ao estabelecimento, não enfrentando, ao que nos parece, a situação híbrida em que uma rotina de escrituração ou mercancia, tipicamente urbana, desenvolve-se em escritório de empresa rural, situado na cidade.

E porque vinculado um conceito ao outro (o de *empregado rural* ao de *empregador rural*), precisou o legislador dizer: "Considera-se empregador rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados" (art. 3º da Lei 5889/73).

Com mais técnica que a utilizada na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho, o empregador rural é identificado, inicialmente, como "a pessoa física ou jurídica que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário". Voltaremos a esta oração, que é fundamental na compreensão do conceito sobrevisto.

Antes, porém, cabe notar que o legislador observou a desnecessidade de o empregador ser o *proprietário* do imóvel rural, enaltecendo o fato de ser titular da empresa e, portanto, empregador, aquele que organiza os fatores de produção (matéria-prima, capital e trabalho), seja ele o dono, o parceiro ou o arrendatário, *verbi gratia*, dos meios de produção. Num parêntese, cabe observar que essa desnecessidade de o empregador ser o proprietário dos meios de produção, bastando que ele os organize, é regra em qualquer empresa (rural ou urbana).

---

[77] No sentido de que não há emprego urbano: TST, SBDI I, Proc. ERR 162355/95, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, decisão em 23/03/98, DJ 30/04/98, p. 253. Há um acórdão, em ação rescisória, que retrata todo o dissenso jurisprudencial a respeito da matéria: TST, SBDI II, Proc. AR 670575/00, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, decisão em 19/03/02, DJ 19/04/02).

O dispositivo legal faz referência, ainda, à possibilidade de o empregador explorar atividade agroeconômica *diretamente ou através de prepostos*. A propósito, esclarece Márcio Túlio Viana[78]:

> [...] pouco importa, também, se o empregador se faz substituir pelo tão conhecido gato, turmeiro ou zangão, que recruta os lavradores e, muitas vezes, bate enxada, lado a lado com eles. Na verdade, ele próprio é um empregado, exceto quando eventual; e como não há empregado de empregado, a relação de emprego se forma, diretamente, entre cada um dos membros da turma e o produtor.

A lei prevê que o *empregador rural* deverá ter o *auxílio de empregados*. Óbvio: como qualquer outro empregador, somente o é quem *emprega*, tornando-se sujeito de relação empregatícia.

Voltemos, pois, à essência do conceito de empregador, ou melhor, à alusão que há, neste, ao *exercício de atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário.* Na obra já extratada, Márcio Túlio Viana observa, com pertinência, que "agroeconômica *é a atividade agrícola ou pastoril, voltada para a economia de mercado"*.

Logo, não será regido pela Lei 5889/73 o trabalho em pedreiras, onde a atividade extrativa é apenas acessória da atividade mercantil e, sobremais, não tem pertinência com a agricultura ou a pecuária. O intuito do lucro é aventado, por boa parte dos doutrinadores, como igualmente necessário à caracterização da atividade agroeconômica (não o sendo a atividade campestre desenvolvida por entidades beneficentes, sem a exploração comercial, por exemplo).

O §1º do artigo 3º da Lei 5889/73 incluiu como atividade agroeconômica a *exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na Consolidação das Leis do Trabalho.* A que indústria estaria fazendo alusão a lei? A doutrina adotou, em expressiva maioria, o critério proposto no artigo 2º, §4º, do decreto que regulamenta a Lei 5.889/73 (Decreto n. 73.626/74), considerando exploração industrial em estabelecimento agrário, para os fins previstos na Lei do Trabalhador Rural, "as atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários *in natura* sem transformá-los em sua natureza".

A prevalecer tal entendimento, seria agroeconômica a atividade empresarial que consiste na colheita da cana-de-açúcar e do algodão, salvo se desenvolvida por usina de álcool e açúcar ou indústria têxtil, que promovem a transformação da matéria-prima em produto que não preserva o seu estado natural.

A jurisprudência também se posicionou assim, inicialmente, tanto que a Súmula 196 do STF e o antigo Enunciado 57 do TST orientavam os tribunais no sentido de imputar aos *trabalhadores agrícolas* das usinas de açúcar a condição de *industriários*. O entendimento permitia a tais trabalhadores as vantagens asseguradas em convenções coletivas regentes do trabalho na indústria, inclusive reajustes salariais. Contudo, era combatida por esses mesmos trabalhadores enquanto os expunha à prescrição de parcelas – a prescrição só corria a partir da extinção do contrato, quando o trabalhador era um rurícola.

---

[78] VIANA, Márcio Túlio. O trabalhador rural. *In: Curso de Direito do Trabalho*: Estudos em Memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 289.

A Resolução TST n. 03/93[79] mudou essa perspectiva, ao cancelar definitivamente o Enunciado 57 do TST. Venceu enfim a orientação no sentido de se prestigiar, novamente, a natureza da função exercida pelo empregado, recusando-se a classificação como empregados *rurais* àqueles a quem são atribuídas tarefas que não têm a ver com a atividade agrícola ou pecuária.

A bem ver, o tema continua vexatório, pois para uma parte dos intérpretes e agentes do direito do trabalho o conceito reflexo, previsto no artigo 2º da Lei 5889/73, implicaria a exigência de que somente será *empregado rural* o trabalhador que prestar serviço a *empregador rural*, igualmente definido em lei. Mas nem todos que trabalham para este seriam *empregados rurais*, podendo ser *empregados*, simplesmente.

Para outro segmento, e especialmente no que concerne ao labor para indústrias rurais, pomo da controvérsia, somente seriam *empregados rurais* os trabalhadores que prestam serviço tipicamente agrícola ou pastoril para a indústria rural (referida, como antevisto, no artigo 3º, §1º, da Lei 5889/73). É o que se dessome de alguns precedentes do TST[80].

Quando nos reportamos ao serviço tipicamente rural, não estamos aludindo, restritamente, ao homem que gira a foice ou bate a enxada, usando métodos acaso primitivos de desenvolver a agricultura. Como rurícola pode incluir-se, por exemplo, o tratorista ou mesmo o motorista que vive a realidade campesina, como vem decidindo o Tribunal Superior do Trabalho[81], inclusive ao editar a orientação jurisprudencial n. 315 da SBDI 1:

> É considerado trabalhador rural o motorista que trabalha no âmbito de empresa cuja atividade é preponderantemente rural, considerando que, de modo geral, não enfrenta o trânsito das estradas e cidades.

A nosso pensamento, o critério legal (o rurícola deveria ser empregado de empregador rural qualquer que fosse a natureza de seu serviço) e a resistência jurisprudencial (a natureza do serviço deve ser considerada) podem conciliar-se facilmente nos casos em que está presente o empregador rural, pois a controvérsia sobre a natureza do serviço se resolveria na obediência ao outro critério, igualmente legal (art. 2º da Lei 5.584/70), de que o rurícola preste serviço "em propriedade rural ou prédio rústico". É difícil imaginar o trabalhador que, unindo as duas características (trabalho para empregador rural e em imóvel rural), não realize labor tipicamente agrícola ou pastoril.

O debate se manteria apenas em relação aos trabalhadores que laboram no campo para prover a matéria-prima de indústria que não desenvolve, segundo o critério estabelecido pelo Decreto 73.626/74 e há pouco referido, atividade agroeconômica. É o caso, por exemplo, do lavrador que corta a cana para a indústria açucareira. Nessa hipótese

---

[79] DJ 06.05.93.

[80] Ac. 2787 de 9.6.97, ERR 160247/95, SDI, Min. Francisco Fausto, DJ 27.6.97, p. 30594; Ac. 2605 de 20.9.88, RR 5562/87, 3ª Turma, Min. Heráclito Pena Júnior, DJ 21.10.88, p. 27386; Ac. 5117 de 29.11.95, ERR 83471/93, SDI, Min. Afonso Celso, DJ 2.2.96, p. 01029; Ac. 916 de 18.4.95, ERR 48351/92, SDI, Min. Armando de Brito, DJ 15.9.95, p. 29.7.91 etc.

[81] TST, 5ª Turma, RR 383940/97, Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, j. 07/02/2001, DJ 09/03/2001, P. 649; TST, 3ª Turma, RR 410365, Rel. Juíza Convocada Eneida Melo, j. 08/11/2000, DJ 07/12/2000, p. 762; TST, 4ª Turma, RR 538451/99, Rel. Juiz Convocado Gilberto Porcello Petry, j. 18/08/1999, DJ 10/09/1999, P. 124.

específica – e somente nela – justifica-se, a nosso pensamento, a evolução jurisprudencial que, desgarrando-se do conceito reflexo previsto no art. 2º da Lei 5.889/73, preconiza a caracterização como empregado rural desse trabalhador. Não se há olvidar, contudo, que se trata de interpretação *de lege ferenda*.

A seu turno, engenheiros agrônomos e veterinários são regidos por lei especial (Lei 4950A/66), ao menos no que tange ao salário. Ainda assim, nada impede que se cogite de enquadrar tais trabalhadores como rurícolas, mormente em virtude de a jurisprudência[82] não vir reconhecendo, muita vez, o fato de eles integrarem categoria profissional diferenciada. Tal orientação jurisprudencial mantém agrônomos e veterinários sob a égide da Lei 5889/73, sempre que o seu preceito não colide com a norma especial.

Há, ainda não estudados, aspectos interessantes da Lei 5889: em seu artigo 4º, está equiparada ao empregador rural "a pessoa física ou jurídica que, *habitualmente*, em *caráter profissional*, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária mediante utilização do trabalho de outrem". Como se pode notar, o titular da empresa rural poderá ser empregador mesmo que exerça a atividade agroeconômica *temporariamente* (art. 3º da Lei 5889). O empregador rural *por equiparação*, aquele que utiliza a força de trabalho por conta de terceiro, somente o é, todavia, se o fizer *habitualmente*. Exemplo elucidativo é o de Márcio Túlio Viana: uma empresa de terraplanagem, que, vez por outra, destoca pastos.

Outros assuntos relativos aos trabalhadores rurais serão estudados em tópicos futuros de nosso curso. É imperioso que enfatizemos, desde logo, o que preceitua o art. 17 da Lei 5889/73 sobre *as normas previstas nesta lei serem aplicáveis, no que couber, aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição de empregado rural, que prestem serviços a empregador rural*. O artigo 14 do Regulamento da Lei do Trabalho Rural (Lei 5889/73) indica que as normas compatíveis são, entre outras, aquelas referentes à jornada de trabalho, trabalho noturno e trabalho do menor. Resta a pergunta: que trabalhadores serão estes, protegidos pela Lei do Trabalho Rural, embora não sejam *empregados?*

Certamente são destinatários dessa tutela os trabalhadores rurais subsumíveis na condição de *eventuais* ou *avulsos*, porquanto exibam os mesmos, pouco orgulhosos, a característica de *subordinados*. Há autores que incluem também os parceiros[83] e até arrendatários[84].

O mais curioso é perceber que a citada norma, inserta no art. 17 da Lei 5889/73, evita que se vislumbre a aplicação subsidiária (possível apenas quando é *omissa* a lei especial e *compatível* a norma supletiva) do art. 442, parágrafo único, da CLT, que trata, como vimos, de cooperativas, cooperativados e tomadores de serviços. Se o aplicássemos, restaria vedado o reconhecimento de vínculo empregatício entre o cooperativado e o tomador de serviço agrícola. O tratamento especial dispensado ao trabalhador rural subordinado, não empregado, evidencia, porém, a incompatibilidade da regra restritiva, acalentada no questionado parágrafo do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

---

[82] Quanto a engenheiros agrônomos, v. TST, SDI I, ERR 2940/87, Rel. Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, j. 20/3/90, DJ 10/08/90, p. 7173.
[83] Barretto Prado e Márcio Túlio Viana, entre outros.
[84] Barretto Prado, cf. Viana.

8

EMPREGADOR

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 8.1 Empresa. 8.2 O conceito legal de empregador. 8.3 Empresa e estabelecimento. 8.4 Sucessão de empregadores. 8.4.1 A sucessão em outras searas do direito. 8.4.1.1 Os efeitos da transferência do estabelecimento no direito civil. 8.4.1.2 Os efeitos da transferência do estabelecimento na relação de consumo. 8.4.1.3 Os efeitos da transferência de estabelecimento na relação tributária. 8.4.2 A sucessão trabalhista no Brasil. 8.4.3 A sucessão trabalhista em situações normais e anormais. 8.4.3.1 A mudança na estrutura jurídica da sociedade empresária. 8.4.3.2 A sucessão no âmbito de empresas prestadoras de serviço. 8.4.3.3 A sucessão entre sociedades irregularmente constituídas. 8.4.3.4 A invalidade da sucessão simulada. 8.4.3.5 Os efeitos da sucessão predatória. 8.5 A solidariedade entre entes empresariais que integram grupo econômico. 8.6 A subcontratação e a intermediação de mão-de-obra. 8.6.1 A subempreitada em vista da Súmula 331 do TST. 8.6.2 A Súmula 331, IV e a responsabilidade subsidiária do ente público.

8.1 Empresa

O segundo artigo da CLT enuncia que empregador é a *empresa*, individual ou coletiva. Como ainda há pouco esclareceu Arnaldo Süssekind[2], o desejo da comissão de procuradores do trabalho, que elaborou o texto consolidado, foi certamente o de associar o empregado, na caracterização do liame empregatício, mais à empresa que à pessoa física ou jurídica de seu titular. No mundo capitalista, a tentativa de hipostasiar esse conceito inusitado de empregador não pode ser desprezada, pois é fato que o trabalhador desconhece, muita vez, o outro sujeito da relação de trabalho, sendo contratado e

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Quando das comemorações do cinqüentenário da CLT, o Ministro Arnaldo Lopes Süssekind, único dos procuradores do trabalho integrantes da comissão incumbida de elaborar o texto consolidado que ainda vive, proferiu conferência, no TST, ao início da qual asseverou: "Nós tivemos a coragem de dizer que o elemento básico do contrato de trabalho era a empresa. A redação do art. 2º não ficou boa. Houve tanta controvérsia entre os institucionalistas e os contratualistas da Comissão, que saiu algo que não definiu perfeitamente a matéria. Mas a idéia fundamental foi dizer que o emprgador não é o dono da empresa. Realmente, o contrato de trabalho se faz com a empresa. O elemento básico é a empresa, o que significa despersonalização do empregador, isto é, que ele pode vender a empresa ou um de seus estabelecimentos que os empregados continuam com os mesmos direitos frente aos mesmos. Isto, na ocasião, foi uma novidade criticada e, Orlando Gomes, esse grande e saudoso jurista baiano, ao comemorar o vigésimo quinto aniversário da CLT, disse o seguinte: 'Há um quarto de século, compreenderam os autores da CLT que uma noção econômica, ainda imprecisa na sua projeção, estava destinada, segundo as impressões de Lavasseur, a se instalar no coração mesmo do Direito do Trabalho, para dominá-lo e orientar a sua organização'. A nova técnica assimilada pela Consolidação, nos idos de 1943, implicava, inevitavelmente, abandono de conceito de princípios civilistas, corajosamente levado a efeito".

comandado por pessoa que se insere na organização empresarial como ele, no *status* de trabalhador subordinado, embora em cargo mais elevado.

As inovações tecnológicas surgidas ao final do século XVIII e o fim do corporativismo permitiram, a burgueses daquele tempo, o uso de suas riquezas na aquisição de maquinário útil à transformação de bens da natureza. Já não estavam jungidos ao monopólio da atividade produtiva, podendo exercer a atividade econômica que lhes aprouvesse. A empresa industrial nascia, assim, como uma atividade fabril que consistia na reunião de matéria-prima, capital e trabalho, visando à produção de bens culturais, vale dizer, de bens criados pelo homem para prover necessidades, que o homem também criou. O modo de produção capitalista é, por assim dizer, essencialmente cultural, dele podendo prescindir o ser humano em sua relação com a natureza.

Mas é de empresa que estamos a cuidar, objetivamente. E se não basta ao detentor do capital reunir os fatores de produção (matéria-prima, capital e trabalho), porque para exercer atividade econômica é preciso organizá-los, *empresa* é a *organização* dos fatores de produção, com vistas ao exercício de atividade econômica. Embora o vocábulo *empresa* seja comum a outros ramos do direito, o seu conceito relevante, para nosso estudo, é aquele em que se associa o seu significado a um empreendimento, que visa à produção de bens ou serviços e utiliza o trabalho humano subordinado com essa finalidade. A empresa que não tem o contrato de emprego como um de seus elementos desinteressa ao direito do trabalho.

É certo, ainda, que a participação na economia do seu setor secundário, onde se situa a indústria, é menos acentuada que antes, sobrevindo empresas comerciais e prestadoras de serviço que, intermediando a venda do produto industrial à sociedade ou atuando de modo a prover esta de informação ou maior conforto, têm gerado circulação mais intensa de capital. Ademais, a empresa contemporânea nem sempre se situa em um espaço topográfico bem definido, não raro se valendo de recursos oferecidos pela informática para sediar-se em lugar onde a sua atividade econômica é reduzida e também para ocupar lares e outros ambientes em que sua presença é ativa e marcante, não obstante virtual.

Essa nova realidade provoca discussão de fôlego sobre a centralidade do trabalho na empresa de nosso tempo[3], mas decerto que o sistema normativo regulador das

---

[3] Ricardo Antunes (ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho:* Ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo : Boitempo, 1999, p. 121) critica Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia.* Coleção Os Pensadores. São Paulo : Editora Abril, 1975. p. 320), quando este sustenta ter-se transformado a ciência na principal força produtiva, em substituição ao valor-trabalho. O professor de sociologia do trabalho da UNICAMP remete-nos, com tal propósito, ao seguinte trecho da obra de Habermas: "Desde os fins do século XIX, uma outra tendência de desenvolvimento que caracteriza o capitalismo em fase tardia vem se impondo cada vez mais: a cientificização da técnica [...]. Com a pesquisa industrial em grande escala, ciência, técnica e valorização foram inseridas no mesmo sistema. Ao mesmo tempo, a industrialização liga-se a uma pesquisa encomendada pelo Estado que favorece, em primeira linha, o progresso científico e técnico no setor militar. Assim, a técnica e a ciência tornam-se a principal força produtiva, com o que caem por terra as condições de aplicação da teoria do valor do trabalho de Marx. Não é mais sensato querer calcular as verbas de capital para investimentos em pesquisa e desenvolvimento, à base do valor da força de trabalho não qualificado (simples), se o progresso tecno-científico tornou-se uma fonte independente de mais-valia, face à qual a única fonte de mais-valia considerada por Marx, a força de trabalho dos produtores imediatos, perde cada vez mais seu peso". Mais à frente, Antunes (*op. cit.*, pp. 122-123) objeta que "não se trata de dizer que a teoria do valor-trabalho não reconhece o papel crescente da ciência, mas que a ciência encontra-se

relações de trabalho ainda se alimenta, em boa parte, das velhas categorias jurídicas, forjadas para o modelo de emprego industrial, este modelo que é, agora, obsoleto em centros econômicos que comandam a economia global e está seriamente ameaçado nas sociedades periféricas da economia capitalista, dada a constante possibilidade de a proteção trabalhista, estatal ou convencional, ocasionar a transferência de plantas industriais para o território de países onde a mão-de-obra é menos onerosa.

De toda sorte, a empresa ou organização produtiva, em que se insere o empregado, permitindo que sua força de trabalho a ela se incorpore como um de seus elementos[4], não pode ser confundida com o titular dessa empresa, ou seja, distingue-se a empresa da pessoa que detinha o capital e a instituiu, visando à produção de bens ou serviços.

O Código Civil possui um livro que regula, com exclusividade, os direitos de empresa (artigos 966 a 1195). Em seu primeiro capítulo, define *empresário* como aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços". Adiante, ressalva: "Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa".

O Código Civil está a distinguir *empresário* e *empresa*, ao diferenciar o *empresário* da *atividade econômica* que ele exerce. Voltando ao âmbito do direito do trabalho, podemos afirmar que *empregador* é o empresário que se utiliza de empregados. Mas também é a pessoa que, mesmo sem ter constituído empresa (e, por isso, deixando de se caracterizar como empresário), contrata o trabalho pessoal, subordinado, não-eventual e oneroso de outras pessoas, os seus empregados. Para efeitos obrigacionais, o empregador é sempre um ente apto a contrair direitos e obrigações na ordem civil, usualmente se apresentando, assim, como pessoa física ou jurídica investida de capacidade de gozo ou de direito.

8.2 O conceito legal de empregador

O art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho define empregador como "a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". O parágrafo primeiro desse mesmo dispositivo acrescenta: "Equipara-se a empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como

---

tolhida em seu desenvolvimento pela base material das relações entre capital e trabalho, a qual ela não pode superar [...]. Ontologicamente prisioneira do solo material estruturado pelo capital, a ciência não poderia tornar-se a sua principal força produtiva. Ela interage com o trabalho, na necessidade preponderante de participar do processo de valorização do capital. Não se sobrepõe ao valor, mas é parte intrínseca de seu mecanismo. Essa interpenetração entre atividades humanas e ciência associa e articula a potência constituinte do trabalho vivo à potência constitutiva do conhecimento tecno-científico na produção de valores (materiais e imateriais). O saber científico e o saber laborativo mesclam-se mais diretamente no mundo produtivo contemporâneo sem que o primeiro faça cair por terra o segundo".

[4] *Vide* MORAES FILHO, Evaristo de. *Do contrato de trabalho como elemento da empresa.* São Paulo : LTr, 1993.

empregados". Os teóricos do direito do trabalho desferem crítica implacável, porém, a essas definições de *empregador* e de *empregador por equiparação*.

Na verdade, o legislador pretendeu realçar a estreiteza do vínculo entre o empregado e a organização produtiva, quando propôs a sinonímia entre *empregador* e *empresa*. Cedeu à tentação de cunhar uma metáfora, bem se pôde perceber.

Além disso, repetiu a exigência de *subordinação em grau absoluto*, *onerosidade* e *pessoalidade*, imposta na definição de empregado (artigo 3º da CLT), ao assentar que o empregador *assalaria* e *dirige* a prestação *pessoal* de serviço. Com razão, o professor José Augusto Rodrigues Pinto observa que, sendo *empregador* e *empregado* figuras simetricamente opostas de uma relação jurídica[5], poderiam os autores da Consolidação das Leis do Trabalho ter optado por um conceito reflexo, em que o empregador seria definido, simplesmente, como "a pessoa física ou jurídica que utiliza, em caráter permanente, a energia pessoal de empregados, mediante retribuição e subordinação, visando a um fim determinado, econômico ou não". Em suma, empregador é a pessoa que contrata empregado. Não precisava ter definido empregador e empregado, se o que importava e importa são as condições de trabalho deste último, na caracterização do liame empregatício.

Ocorreu, enfim, de o legislador ter acrescido ao conceito de empregador um elemento que escapava à sua essência, qual seja, a assunção dos riscos da atividade econômica. Ao analisarmos o empregado, em capítulo precedente, ressaltamos que é esse um elemento meramente acidental, tanto porque o empregador pode não exercer atividade econômica alguma, a exemplo do que sucede ao empregador doméstico, como em razão de ao empregado ser transferida, muita vez, uma parcela do risco empresarial, assim acontecendo com os vendedores que recebem apenas comissão pelas vendas que realizam.

Uma vez que o legislador ousou reduzir o empregador àquele que constitui empresa e, assim, exerce atividade econômica[6] com seus inerentes riscos, o mesmo legislador teve que somar a esse seu primeiro equívoco um outro, forjando então a figura do *empregador por equiparação* e a definindo, como acima se viu. Se houvesse investido no conceito reflexo, proposto pelos teóricos do direito trabalhista, certamente teria permitido que o conceito do mundo dos fatos fosse o mesmo conceito legal, sendo empregador o ente que contrata empregados, apenas isso.

Pode-se afirmar, contudo, que o modo como o legislador enfatizou o termo *empresa*, no momento em que identificou um dos sujeitos da relação de emprego, deve ser associado ao fenômeno da despersonalização do empregador, ou seja, ao aspecto, que é comum a grandes conglomerados econômicos ou a sociedades anônimas, de o empregado

---

[5] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 122.

[6] Em verdade, assiste razão a Délio Maranhão (SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1992. p. 278), quando, ao criticar a figura do *empregador por equiparação*, diz: "O legislador pensou que a atividade econômica supusesse, necessariamente, a idéia de lucro. Mas não é assim. A atividade econômica traduz-se na produção de bens e serviços para satisfazer às necessidades humanas. Em um regime capitalista, as noções de atividade econômica e de lucro vêm, geralmente, associadas, porque este é o incentivo para o exercício daquela. Isto não importa, no entanto, que se confunda uma coisa com outra. Desde que haja uma atividade econômica (produção de bens ou serviços), na qual se utiliza a força do trabalho alheia como fator de produção, existe a figura do empregador".

desconhecer o outro contratante em pessoa, já que não tem acesso ao ser humano ou à gente que organizou os fatores de produção e inseriu contratos de trabalho nessa organização. Como o empregador apresentava-se impessoalmente, propôs o legislador, com respaldo na teoria institucionalista[7] então em voga, que o outro sujeito da obrigação fosse a empresa, parecendo atribuir a esta personalidade jurídica[8].

Ainda que essa intuição do legislador não tenha obtido a repercussão almejada entre os teóricos do direito do trabalho, decerto que ela ainda tem relativa influência na prática trabalhista e pode ser associada, por exemplo, à prática de os juízes do trabalho tolerarem, muitas vezes, a indicação do nome de fantasia, usado para identificar uma empresa, como se por ele se indicasse o nome do reclamado (réu da ação trabalhista).

A bem ver, o reclamado deveria ser sempre indigitado pelo seu nome, se pessoa física, ou pelo nome comercial da sociedade empresária, com assento no registro do comércio. Mas, como o empregado trabalha, às vezes por anos consecutivos, sem conhecer o nome correto de seu empregador, pois não ocorreu a este de assim se identificar, impedir a tal empregado usar o nome de fantasia – o único nome que ele associa à empresa em que trabalhou –, na hora de referir o reclamado, em sua ação trabalhista, importaria recusar-lhe o direito de acesso à justiça, que é garantia constitucional. O processo do trabalho também deve se adequar ao contorno social.

8.3 Empresa e estabelecimento

Sendo a empresa uma organização que visa à produção de bens ou serviços, fácil é notar a sua imaterialidade, a impossibilidade de a empresa, apresentando-se como atividade econômica, ser reduzida a matéria. A sua representação material se associa, pois, ao *estabelecimento*, porque é nele que os fatores de produção, imbricados pelo empresário, apresentam-se para o mundo fenomenológico, onde coisas e pessoas têm nome, forma e utilidade[9].

Há autores de nomeada que preferem associar *estabelecimento* à idéia de um elemento do conjunto *empresa*, para eles se revelando nesta, e não naquele, o grau maior de autonomia contábil e financeira, a superioridade hierárquica e a assunção dos riscos da atividade econômica[10]. Em verdade, esses critérios distintivos nos remetem mais à pessoa do empresário (ou empregador, se possui empregados) e nos fazem lembrar que se ele

---

[7] Sobre a corrente institucionalista, ver Amauri Mascaro Nascimento (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo : Saraiva, 1997. p. 353).

[8] Cesarino Júnior defende que "a empresa, em si mesma, é sempre uma pessoa jurídica, para os efeitos do Direito do Trabalho, distinta da pessoa física ou jurídica, a quem o direito comum atribui a sua propriedade" (CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. CARDONE, Marly Antonieta. *Direito Social.* Vol. I. São Paulo : LTr, 1993. p. 129). Mais adiante, o autor observa que o conceito jurídico-social de empresa faz dela, *até certo ponto*, uma pessoa jurídica, distinta da pessoa física ou jurídica de sua proprietária, explicando: "Dizemos *até certo ponto* porque apenas doutrinariamente este conceito é aceitável já que, considerado o direito positivo, apenas em dois aspectos aquela natureza sobressai: quando há mudanças na estrutura jurídica da empresa (...); igualmente, o consórcio de empresas é considerado um único empregador (...)" (op. cit., p 131). Ao remate, o autor pondera: "Há, todavia, um certo consenso quanto a que a empresa é pessoa jurídica *in fieri*. A tendência é transformá-la em pessoa jurídica" (*op. cit.*, p . 132).

[9] Neste mesmo sentido, o artigo 1142 do novo Código Civil: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens, organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

[10] Neste sentido, Orlando Gomes e Elson Gottschalk (GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização por José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 59).

constituiu vários estabelecimentos, tencionando organizar em cada um deles os mesmos fatores de produção, para em todos realizar igual fim econômico, a sua responsabilidade não se divide na mesma proporção em que se partiu a sua ação econômica, respondendo o empresário e todo o seu patrimônio por obrigações tributárias, civis ou essencialmente trabalhistas que contrair em qualquer de seus estabelecimentos.

Preferimos, por isso, o apego à idéia, sobremodo singela, de o estabelecimento ser a representação material da empresa[11], pura e simplesmente. Se a empresa se *materializa* em vários estabelecimentos, é provável que em um deles se aloje o seu titular e este o eleja, assim, como a sede da sua empresa, não importando se ali se desenvolve atividade produtiva ou apenas de comando. Noutras vezes, um só estabelecimento é constituído, confundindo-se ele com a sede da organização empresarial. Essas realidades distintas não exercem influência no conceito de empresa e de estabelecimento, como se pode notar.

Uma questão derradeira, que por vezes é suscitada a propósito de ser o estabelecimento a representação material da empresa, tem a ver com a possibilidade de contratos de emprego serem utilizados na constituição das chamadas empresas virtuais, que implicam o desenvolvimento de atividade produtiva através do trabalho de empregados em suas residências (referimo-nos ao chamado *teletrabalho*) e sem o uso de um espaço topográfico previamente definido; ou ainda com o fato de o emprego existir em empresas voltadas à prestação de serviços, nos casos em que os seus titulares têm domicílio ou escritório central, mas realizam a sua atividade produtiva mediante o fornecimento de empregados que laboram em estabelecimentos de outras empresas.

A bem ver, tais exemplos ilustram apenas como o conceito de estabelecimento não deve ser engessado nem pode ter a mesma importância para qualquer empresa, na sociedade contemporânea. Se é certo que os tradicionais estabelecimentos fabris sempre tiveram uma referência territorial, também o é que há, hoje, empresas que não se *estabelecem* no mesmo local em que o seu titular utiliza força de trabalho alheia para exercer atividade econômica.

Como essa discussão, travada a partir da existência (ou inexistência) de estabelecimentos em algumas empresas contemporâneas, vai repercutir em estudo que se avizinha, sobre a sucessão de empregadores, cabe ao intérprete do direito duas alternativas. Ou se apega ele à origem etimológica[12] da palavra *estabelecimento*, ou dela abstrai para fundar um novo conceito.

É que o estabelecimento das citadas empresas virtuais e prestadoras de serviço não têm a referência territorial exigida pelos autores que proclamaram, por exemplo, a impossibilidade de um estabelecimento ser transferido, dando-se nessa hipótese a extinção de um estabelecimento e a abertura de um novo. Se não há trabalho subordinado no local que se apresenta, sob o ponto de vista estritamente formal, como o estabelecimento da empresa, compete ao intérprete do direito deduzir a inexistência de estabelecimento ou,

---

[11] Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 143. O autor diz secundar, neste ponto, a distinção sintética de Élson Gottschalk: *"A empresa é o objeto das atividades do empresário; o estabelecimento é a manifestação material da empresa"*.

[12] O verbo estabelecer provém do latim *stabiliscere,*de *stabilire,* significando "tornar estável ou firme", conforme Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, da Enciclopédia Mirador Internacional.

como preferimos, o alargamento do conceito para que ao seu objeto se integre toda atividade produtiva vinculada a uma certa unidade técnica do empregador, ainda que se exerça essa atividade, total ou parcialmente, em local onde outras empresas também têm estabelecimento. Tais noções serão revisitadas no subitem que segue, em que trataremos de sucessão de empregadores.

8.4 Sucessão de empregadores

Ao estudarmos o princípio da continuidade, pudemos notar que o instituto da sucessão tem tratamento diferenciado, no direito do trabalho. E assim acontece porque prepondera, entre nós, a clara intenção de preservar o contrato de emprego enquanto sobreviver a empresa no mercado, dada a relação entre *conjunto* e *elemento* que há entre a empresa e o citado contrato. Mas essa peculiaridade tem assento apenas do lado do empregador – que pode suceder um outro empregador, sem que isso importe a celebração de um novo contrato –, já que é inviável ao empregado se fazer substituir ou suceder por outro, sem a anuência do empregador[13].

8.4.1 A sucessão em outras searas do direito

Em outros ramos do direito privado, dá-se uma restrição maior à possibilidade de as pessoas se sucederem como sujeitos de uma relação jurídica qualquer. Não se concebe, por exemplo, que o locatário de um imóvel residencial se faça suceder por outra pessoa sem a prévia anuência do senhorio. Por seu turno, na relação jurídica de propriedade, agora no âmbito do direito real, a lei estabelece o modo formal como os bens imóveis podem ter o seu domínio transferido entre pessoas vivas, sendo minudente quando cuida da sucessão por legado ou herança.

Constata-se, ainda, que a sucessão trabalhista ainda se distingue em outro ponto: como nota Délio Maranhão[14], "a sucessão (o autor se reporta à regra geral do direito civil) pode ser a título particular ou a título universal, e somente neste último caso responde o sucessor pelos encargos do sucedido. Ora, enquanto a primeira pode ocorrer por ato 'inter vivos', a segunda é, sempre, 'mortis causa'. Como explicar, então, os efeitos da sucessão no direito do trabalho? O novo empregador responde pelos contratos de trabalho concluídos pelo antigo, a quem sucede, porque lhe adquiriu o estabelecimento, cujo conceito, como verificamos, é unitário. É uma conseqüência da transferência do estabelecimento como organização produtiva".

Nem sempre e em todos os países a norma é a mesma, sendo as regras da sucessão, no direito privado, assunto de política legislativa. Vamos, pois, à hipótese que nos interessa, que é a cessão ou transferência de estabelecimento. Quando um empresário aliena um seu estabelecimento – ou toda a sua empresa – a outro empresário, essa sucessão pode trazer alguma inquietude no tocante a algumas obrigações contraídas pelo alienante, sendo interessante notar o que ocorre a quatro espécies de obrigação, quais sejam: a relação normalmente paritária que o unia a seus fornecedores, a relação com os seus clientes ou

---

[13] *Vide* o caráter da pessoalidade, exigida pelo artigo 3º da CLT, no tocante à prestação de trabalho.

[14] *Op. cit.* p. 287. O autor observa, também, que a transmissão da dívida do estabelecimento não ocorre porque a obrigação seria do tipo *propter rem,* que se transferem juntamente com os bens a que estão unidas: "A obrigação propter rem, por isso que ligada a uma coisa, se extingue com o desaparecimento desta. Ora, a extinção do estabelecimento não faz desaparecer os direitos do empregado".

consumidores, a obrigação tributária e, por fim, a relação de trabalho com os seus empregados.

8.4.1.1 Os efeitos da transferência do estabelecimento no direito civil

Quanto à relação do empresário alienante com os seus credores civis ou fornecedores, o artigo 1145 do novo Código Civil nega eficácia à alienação de estabelecimento que se realize sem o pagamento ou o consentimento de todos os credores sempre que faltarem ao alienante bem suficientes para solver o seu passivo. O citado preceito exige que, nesse caso, os credores sejam notificados para responderem, em trinta dias, se concordam com a alienação do estabelecimento.

O dispositivo seguinte, o artigo 1146 do Código Civil, prescreve: "O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de 1 (um) ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento". Bem entendido, a "publicação" aí referida é a do artigo 1144 do mesmo digesto, que valida, perante terceiros, o contrato que tenha como objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento de estabelecimento, somente depois de sua averbação à margem da inscrição do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis e de sua publicação na imprensa oficial.

Assim, se o comerciante não está em condição de insolvência, pode ele alienar ou arrendar o seu estabelecimento sem a prévia anuência de seus credores, que podem cobrar do sucessor as dívidas regularmente contabilizadas – pois este, o adquirente, tinha delas conhecimento ao assenhorear-se do estabelecimento –, sendo-lhes facultado cobrar esses débitos também do empresário sucedido, como devedor solidário e pelo prazo de um ano, contado da publicação do ato de transferência do estabelecimento na imprensa oficial ou, se vincenda a dívida, a partir de sua exigibilidade.

Todavia, se há insolvência do comerciante que alienou o estabelecimento, a alienação não surte efeitos jurídicos em relação aos seus credores e podem estes requerer a falência de tal empresário, salvo se concordaram, expressa ou tacitamente, com a referida alienação[15].

8.4.1.2 Os efeitos da transferência do estabelecimento na relação de consumo

Na relação jurídica de consumo, a alienação do estabelecimento implicará a cessão de créditos ao empresário ou sociedade empresária adquirente a partir da data em que publicado, na imprensa oficial, o ato de transferência do estabelecimento, mas o consumidor (devedor) se exonera quando paga, de boa-fé, ao empresário sucedido (artigo 1149 do novo Código Civil). De todo modo, essa sucessão de credores não poderá permitir que a prestação do consumidor se torne mais gravosa, sem o seu prévio conhecimento e anuência (artigo 46 da Lei 8078/90).

Isso não obstante, é bom notar que, tanto na relação entre o comerciante e seus credores, como na relação de consumo, o direito civil tem-se inclinado ao reconhecimento da responsabilidade do adquirente do estabelecimento, com ressalvas que atendem a

[15] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial.* São Paulo : Saraiva, 1994. p. 49.

peculiaridades da relação paritária ou ao princípio da boa-fé, que é informante, sem dúvida, da nova ordem civil. Ainda assim, a responsabilidade incondicional da pessoa que adquire ou arrenda o estabelecimento pressupõe algum ato formal – a regularidade da escrita contábil ou a publicação do contrato na imprensa oficial –, o que não ocorre, como veremos, no direito do trabalho.

8.4.1.3 Os efeitos da transferência de estabelecimento na relação tributária

Transitando um pouco pelo direito público, podemos notar que uma solução mitigada foi posta no art. 133 do Código Tributário Nacional, que prevê a responsabilidade tributária integral de quem adquire um estabelecimento na hipótese de o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, sendo subsidiariamente responsável o adquirente quando o alienante mantiver-se no exercício da mesma atividade econômica ou a outra atividade se dedicar, dentro de seis meses contados da alienação de seu estabelecimento.

8.4.2 A sucessão trabalhista no Brasil

No direito do trabalho, o legislador poderia ter optado pela responsabilidade solidária dos dois empresários, ou seja, daquele que aliena e do que adquire o estabelecimento. Gilberto Gomes[16] anota que, no México, dá-se a responsabilidade solidária do empregador sucedido nos seis meses seguintes à alienação, na Bolívia há responsabilidade subsidiária por igual tempo e, na Colômbia, os empregados podem acordar com o empregador sucedido a indenização pelo tempo de serviço, sem embargo de ter continuidade a relação de emprego com o empregador sucessor.

No Brasil, extrai-se dos artigos 10 e 448 da CLT que a responsabilidade recai exclusivamente sobre o novo empregador, vale dizer, sobre aquele que adquire o estabelecimento ou toda a empresa[17]. O ato formal de alteração da estrutura da sociedade empresária revela a sucessão que assim acontece – referimo-nos, por exemplo, à mudança de tipo societário, ou à constituição de sociedade empresária por pessoa física que desenvolvia a atividade econômica, que somente por documentos se pode comprovar. Quanto ao mais, a sucessão trabalhista tem a realidade, e não os atos constitutivos da sociedade empregadora, como prova. Assim, o ato formal de transferência do estabelecimento pode servir à prova de que houve a sucessão entre empregadores, embora seja dispensável.

O princípio a atuar é, claramente, o da primazia da realidade. A sucessão trabalhista se opera quando há o fato da alienação ou arrendamento de estabelecimento, ainda que documentos não a revelem. Vejamos, a seguir, com se revela, na ordem fática, a sucessão trabalhista.

---

[16] GOMES, Gilberto. Solidariedade e continuidade empresarial no Brasil. *In:* Noções Atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. Coordenador José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo : LTr, 1995. p. 156.

[17] Valentin Carrion defende, porém e em sentido diferente: "O legislador, ao redigir os arts. 10 e 448, não pretendeu eximir de responsabilidade o empregador anterior, liberando-o de suas obrigações, de forma imoral. A lei simplesmente concedeu ao empregado a garantia de voltar-se contra quem possuir a empresa para facilitar-lhe e garantir-lhe o recebimento de seus créditos; não há obstáculo na lei que impeça ao empregado propor ação contra quem foi seu empregador. Entretanto, essa conclusão não tem apoio jurisprudencial" (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 279).

Um empresário sucede o outro, assumindo as obrigações trabalhistas por este contraídas, pelo simples fato de lhe adquirir ou arrendar um *negócio*, seja um estabelecimento ou toda a organização produtiva. Neste ponto, é interessante frisar que o empregador não é, necessariamente, o *proprietário* dos meios de produção ou mesmo do imóvel onde ele exerce a sua atividade econômica. O empregador pode ser dono de coisa nenhuma.

Quando reúne meios materiais (imóvel e maquinário, por exemplo) e os insere em uma organização formada também por pessoas (empregados etc.) e finalidade econômica (produção de bens ou serviços), o empresário pode não ser proprietário dos bens que reuniu (suponha-se que os tenha arrendado), mas, ainda assim, será o titular da empresa e, virtualmente, empregador (se recorre à energia de trabalho de empregados). É bastante que tenha organizado referidos meios materiais, pessoais e imateriais visando ao desenvolvimento de alguma atividade produtiva.

Recorramos a um exemplo elucidativo: imagine-se o titular de uma empresa qualquer que vem a ser, também e embora não fosse isso necessário, o proprietário do imóvel onde está situado o seu único estabelecimento. Suponha-se, pois, uma farmácia, em tais condições. Se a pessoa que era, até então, o *dono* da farmácia mantém consigo a propriedade do imóvel, mas o aluga a outro empresário, a este arrendando também o *estabelecimento* – ou seja, a organização produtiva e os meios de produção a ela afetos –, há sucessão de empregadores, responsabilizando-se o arrendatário pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo antigo titular da empresa e proprietário, antes como agora, dos bens materiais utilizados no comércio de medicamentos[18].

Logo, não há *sucessão de empresas*, como se diz às vezes, equivocadamente. Ao revés, os empregadores é que se sucedem quando a empresa (ou um seu estabelecimento) é objeto, entre eles, de translação. Se a empresa não for mais a mesma, porque o empresário que adquiriu o imóvel, onde funcionava um estabelecimento qualquer, passou a exercer ali uma outra atividade econômica, não cabe falar de sucessão trabalhista. A regra atinente à sucessão de empregadores tem como fundamento o princípio da continuidade da empresa, por isso esclarecendo Délio Maranhão[19] que são dois os requisitos indispensáveis à sucessão de empregadores: "a) que um estabelecimento, como unidade econômico-jurídica, passe de um para outro titular; b) que a prestação de serviço (preferiríamos dizer atividade econômica) pelos empregadores não sofra solução de continuidade".

8.4.3 A sucessão trabalhista em situações normais e anormais

Há cinco situações que merecem, porém, uma mais detida reflexão, quando o tema é sucessão trabalhista: a mudança na estrutura jurídica da sociedade, a sucessão das prestadoras de serviço, a sucessão da sociedade de fato, a sucessão simulada e, por último, a aquisição de estabelecimento com vistas à eliminação da concorrência.

Antes de examinarmos cada uma dessas hipóteses, parece-nos conveniente advertir o leitor de que a morte do empregador, quando é este pessoa física, somente acarreta sucessão quando o estabelecimento empresarial é mantido sob a gestão dos

[18] Cf. Délio Maranhão, *op. cit.* p. 290.
[19] *Op. cit.* p. 289.

herdeiros e o empregado não opta pela resolução contratual (artigo 483, §2º, da CLT). Voltaremos a tratar desse assunto no capítulo pertinente à cessação do contrato. Por ora, retomemos a análise das cinco hipóteses diferenciadas de sucessão trabalhista.

8.4.3.1 A mudança na estrutura jurídica da sociedade empresária

Sobre a mudança na estrutura jurídica da sociedade, reza o artigo 10 da Consolidação das Leis do Trabalho que "qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados". Mais à frente, o artigo 448 do mesmo texto consolidado estatui que "a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados". Quanto à *mudança na propriedade da empresa*, vimos que o legislador está a referir-se à mudança na titularidade da empresa, sendo sucessor aquele que a adquire, por certo.

Se há, em vez disso, alteração na estrutura jurídica da sociedade (e não *da empresa*, como confundiu o legislador), os contratos de emprego permanecem imunizados ao fato, por exemplo, de uma sociedade limitada passar à condição de sociedade anônima, ou de sociedades anônimas se fundirem, ou mesmo de uma destas incorporar qualquer outra sociedade. A sociedade que se mantiver na titularidade da empresa, ou porventura a assumir, será a empregadora, sem que essa alteração em sua estrutura jurídica implique a realização de novos contratos de emprego. Não custa recordar que estamos regidos pelo princípio da continuidade, devendo ser preservados os contratos de trabalho enquanto a empresa for a mesma[20].

8.4.3.2 A sucessão no âmbito de empresas prestadoras de serviço

A segunda situação, a merecer enfoque especial em se tratando de sucessão trabalhista, é aquela atinente à sucessão de sociedades empresariais cuja atividade é a prestação de serviços, notadamente aquelas que se apresentam como empresas de trabalho temporário ou simples fornecedoras de mão-de-obra[21]. São comuns os contratos de prestação de serviço firmados por essas sociedades e órgãos da administração pública direta ou indireta, deixando perplexos os agentes do direito do trabalho quando, não raro, têm que discernir se importa sucessão trabalhista a ruptura, pela Administração, de um contrato, seguida da contratação de um outro empresário ou sociedade empresária, para realizar o mesmo serviço, no mesmo local.

A nosso pensamento, a sucessão não se opera somente por isso. O estado de perplexidade, em que mergulha o intérprete do direito, é conseqüente da confusão que se faz a propósito do conceito de estabelecimento, pois é em sede de estabelecimento que se dá a sucessão trabalhista. Conforme antecipamos, os empregados da sociedade, cujo contrato administrativo for rompido, continuam vinculados ao estabelecimento dessa sociedade, salvo se dissolverem o seu contrato com ela e forem admitidos pela sociedade que, dali por diante, prestar o serviço à Administração.

8.4.3.3 A sucessão entre sociedades irregularmente constituídas

---

[20] Assim, mesmo que tenha havido a sucessão de empregadores após a cessação do contrato de trabalho, o sucessor responde pela dívida trabalhista do empregado que prestou serviço apenas ao sucedido, como observa Wagner Giglio (GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 470).

[21] Estas últimas agem ao abrigo da parte da Súmula 331 que consagra a licitude da intermediação de mão-de-obra na atividade-meio.

A terceira situação extraordinária é aquela que concerne à sucessão que se dá entre sociedades não constituídas regularmente. Com razão, Gilberto Gomes[22] lembra que a solução, para a hipótese sob comento, precisa transitar pelas regras que se inspiram no princípio da desconsideração da pessoa jurídica, vale dizer, no "exercício pleno de faculdades jurídicas do empregado contra abuso, qualquer abuso, inclusive o do exercício de uma atividade à margem da Lei". Diz Gomes, ainda e agora secundando Hugo Gueiros Bernardes, que "se o sucessor já está no comando, mas a sucessão não foi legalizada, terá havido espontânea vinculação do adquirente à relação de emprego, sem a virtude de excluir ainda o alienante, [...] porque um e outro se fazem temporariamente solidários". É a situação de fato que estará, na medida em que é conotativa de ilegalidade e abuso por parte do credor da prestação de trabalho, a impor essa solidariedade, em caráter excepcional.

8.4.3.4 A invalidade da sucessão simulada

A quarta situação se relaciona com contratos defeituosos entre empresários, um deles simulando a aquisição da empresa com o objetivo de exonerar o seu antigo titular de prestações salariais ou tributárias. Nada impede que os empregados façam uso do artigo 167 do novo Código Civil[23] para postular a nulidade do contrato entre os empresários[24]. Contudo, é evidente que, aqui como no tópico seguinte, basta o exame da teleologia da norma para que se verifique a ineficácia da sucessão simulada no tocante à relação de emprego. O fim social visado, quando da inserção dos artigos 10 e 448 no texto da CLT, não foi, por certo, autorizar a transferência de dívidas salariais mediante ardil ou simulacro. Além disso, interessa notar quem está à frente do estabelecimento e, com base no princípio da primazia da realidade, imputar-lhe a responsabilidade trabalhista.

Questionar-se-ia: e se a transferência do estabelecimento inocorreu, mas houve a cessão a outra pessoa, sem lastro econômico nem correção no cumprimento de prestações trabalhistas, de partes dos bens que o integravam? A resposta é de Délio Maranhão[25]: "Não é possível, portanto, falar-se em sucessão quando tenha havido a alienação de, apenas, parte de um negócio, que não possa ser considerada uma unidade econômico-produtiva, ou de máquinas e coisas vendidas como bens singulares. Nessa hipótese, não havendo transferência de estabelecimento, não há sucessão, no sentido de ficarem os empregados obrigados a aceitar o novo empregador". É eloqüente a advertência do mesmo autor:

> Além dessas considerações jurídicas, impõe ressaltar que o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, que informa o próprio direito do trabalho, insurge-se contra a idéia de ser ele cedido, como engrenagem de máquina, juntamente com a cessão de coisas singulares. Não se admite que, sob novo color, se reedite a figura medieval do servo da gleba.

As alterações simuladas de contrato social padecem, portanto, de ineficácia jurídica, sobremodo no âmbito trabalhista. A sociedade empresária que tenciona preservar o patrimônio de seus sócios deve ter o seu capital social integralizado, sob pena de se presumir a sua dissolução irregular e, com efeito, adotar-se a *desconsideração da pessoa*

---

[22] *Op. cit.* p. 160.
[23] Interessaria, até o fim do ano 2002, o artigo 105 do Código Civil de 1916.
[24] À leitura dos artigos 325, 469, III e 470 do CPC, nota-se que o empregado pode pedir que o juiz do trabalho declare incidentemente essa simulação, operando-se a coisa julgada somente para os efeitos inerentes ao contrato de emprego, cujos sujeitos são partes do processo trabalhista.
[25] *Op. cit.*, p. 290.

jurídica. Cogitando-se ou não de sucessão trabalhista, parece-nos compatível com a relação jurídica de emprego a regra inserta no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor[26], *verbis:*

> "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração".

As mesmas razões, que justificam a aplicação dessa regra na relação de consumo, impõem-na em benefício do empregado, pois é este, em síntese, também a parte hipossuficiente de uma relação constituída por contrato de adesão.

8.4.3.5 Os efeitos da sucessão predatória

A quinta situação é alusiva, conforme antevisto, à aquisição de estabelecimento fabril ou comercial com o objetivo de excluí-lo do mercado, sendo comum acontecer, em nossa *aldeia global*, de grandes corporações econômicas, eventualmente transnacionais, adquirirem uma fábrica ou loja de âmbito mais modesto, para tomar-lhe, com maior facilidade, a clientela.

Ocorre, no exemplo dado, de a adquirente paralisar a atividade produtiva, impedindo, por essa via, que se dê, como é normal, a sucessão trabalhista na ambiência do estabelecimento alienado. É certo, todavia, que a sociedade adquirente não estaria objetivando a propriedade do imóvel, onde tinha sede o estabelecimento, quando o adquirira, mas estaria voltando seus ambiciosos olhos para a atividade econômica que ali se desenvolvia, ainda que fosse seu o intuito de cessá-la, para aumentar assim a quantidade dos que estariam aptos, virtualmente, a consumir o seu produto. A interpretação finalística do texto consolidado faz intuir a sucessão trabalhista nesses casos e, afinal, ela se opera mesmo[27].

8.5 A solidariedade entre entes empresariais que integram grupo econômico

É preciso lembrar que há solidariedade, como esclarece o artigo 264 do novo Código Civil, quando "na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda". À citada pluralidade de credores denomina-se *solidariedade ativa,* enquanto a pluralidade de devedores dá ensejo à *solidariedade passiva*. Se é necessário que se esgote a expropriação de uma primeira pessoa, para que se possa investir sobre o patrimônio de outra, dizemos que dessa outra pessoa acionada há responsabilidade subsidiária[28].

O artigo 2º, § 2º, da CLT prevê a solidariedade entre *empresas* que compõem um grupo econômico e, à sua leitura, logo se percebe que o legislador continua insistindo no erro de chamar *empresa* o sujeito da relação de emprego. O uso indevido do vocábulo faz notar, entretanto, que somente há solidariedade dos entes que exercem atividade

---

[26] Lei 8078, de 1990.
[27] Neste sentido, Ferrara Jr., *apud* Délio Maranhão, *op. cit.*, p. 285.
[28] De responsabilidade subsidiária trataremos adiante, quando estudarmos a subcontratação de empregados.

econômica, vale dizer, entre pessoas físicas ou jurídicas que são titulares de empresa e apenas enquanto assim se apresentarem[29].

Cabe indagar, neste ponto, o que se deve entender por *grupo econômico* e o tipo de solidariedade – se apenas passiva ou também ativa – regulada por tal preceito de lei.

Desde quando Adam Smith sustentou que a divisão do trabalho permitiria, por exemplo, que, numa fábrica de alfinetes, dez pessoas conseguissem produzir mais de 48 mil alfinetes por dia, enquanto um operário que se incumbisse de todas as etapas de fabricação dessa pequena haste de metal dificilmente concluiria a produção de um único alfinete em todo um dia[30], decerto que os empresários têm dispensado maior atenção às técnicas de produção e de organização do trabalho que assegurem mais acentuada eficiência ou produtividade.

Quando a divisão interna de trabalho não bastou a esse desiderato, os empresários desencadearam processos de integração econômica verticais ou horizontais[31], constituindo empresas que, com aparente autonomia, dedicavam-se, respectivamente, a cada etapa da cadeia produtiva ou a cada modo diferente de oferecer ao consumo a mercadoria produzida.

Essas formas de organização da produção e do trabalho mal escondiam, por vezes, a intenção de não comprometer o patrimônio da velha empresa com o ônus financeiro decorrente das novas e desafiadoras iniciativas empresariais, isso bastando para justificar a preocupação, que teve o legislador, de tornar todas as unidades do grupo econômico solidariamente responsáveis pelas dívidas trabalhistas contraídas por qualquer delas. O trabalho humano não é um insumo reles na produção de bens ou serviços, pois é dos insumos aquele único que deve ter preservada a sua dignidade. A sua utilização e o seu custo, em qualquer empreendimento, integram o risco do negócio e oneram, somente, a pessoa ou sociedade empresarial que reparte a sua atividade econômica, sem poder acarretar sobressaltos para o empregado.

É fato, ainda, que os agentes econômicos não seguem uma linha de conduta predefinida, sendo, freqüentemente, influenciados pela própria intuição mercadológica. Por isso, nem sempre os grupos econômicos se formaram a partir dos processos de integração vertical ou horizontal acima referidos. Quando se mostrou lucrativo ou de algum modo interessante, o empresário diversificou a sua ação produtiva, desvinculando suas ações, uma

---

[29] DELGADO, Maurício Godinho. Sujeitos do contrato de trabalho: o empregador. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em homenagem a Célio Goyatá. Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Volume I. São Paulo : LTr, 1993. p. 383. É bisonha, por isso, a tentativa, que já vimos ocorrer, de um empregado sustentar a solidariedade de seu empregador doméstico com as sociedades empresariais por ele geridas, valendo-se do citado dispositivo legal.

[30] Em tal divisão de trabalho, "um operário desenrola o arame, um outro o endireita, um terceiro o corta, um quarto faz as pontas, um quinto o afia nas pontas para a colocação da cabeça do alfinete [...]. Assim, a importante atividade de fabricar um alfinete está dividida em aproximadamente dezoito operações distintas [...]".

[31] Cf. Délio Maranhão, em *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. 1, p. 282, a integração vertical "tem lugar quando um determinado produto percorre, no mesmo estabelecimento, diversas etapas em uma progressão, que o transforma de matéria-prima em mercadoria acabada" – ex: a transformação do algodão em tecido e deste em confecção; a integração econômica horizontal ocorre "quando um produto, já concluído, é utilizado pelo mesmo empresário, para satisfazer necessidades diferentes" – ex: a utilização do álcool como combustível, bebida, insumo para produtos de higiene etc.

da outra. Muita vez, o agricultor, o industrial e o comerciante já não se distinguem, sendo todos uma mesma pessoa.

De outra feita, essa prática de concentrar ou monopolizar ações econômicas vem dando lugar, nos dias que correm e num contraponto, à necessidade que alguns empresários sentem de se especializar em atividades que exercem de modo mais competitivo, pondo a descarte aquelas que servem de meio à atividade principal, notadamente quando nelas não auferem o lucro que as tornaria cativantes. Disso trataremos, porém, no item seguinte, quando cuidarmos da subcontratação e da interposição de mão-de-obra.

Interessa, antes, perceber que essa maneira espontânea de os atores econômicos se manifestarem dificulta a caracterização, na prática, do grupo econômico, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que sua existência não se presume, devendo ser provada por quem a alega[32]. O artigo 2º, §2º, da CLT é enfático ao definir o grupo econômico como aquele que se apresenta "sempre que uma ou mais empresas[33], tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica [...]". Assim, a lei está a exigir que haja uma empresa-mãe, ou empresa-matriz, a que estejam subordinadas todas as outras, sob pena de desconfigurar-se o grupo econômico.

O direito é dinâmico, todavia, e essa norma estaria atualizada, para boa parte dos laboralistas, pela regra inserta no artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei 5889/73 (Lei do Trabalho Rural), que repete o texto da CLT, mas acrescenta que mesmo quando inexiste uma empresa-mãe e as empresas guardam, cada uma, a sua autonomia, há grupo econômico ou financeiro rural. Então, renasce o problema: não se exigindo o pressuposto da estrutura hierarquizada, como identificar o grupo econômico?

O grupo de empresas sempre se caracterizará pelo comando unificado, sendo restrita a discussão à polêmica sobre o comando único dever ser exercido por uma empresa-mãe ou se basta, como intuímos e sugere a lei dos rurícolas, que uma pessoa ou um grupo de pessoas detenha, nas empresas, uma participação majoritária em cotas ou ações, de modo a lhes outorgar o controle de todas elas. Por ora, a jurisprudência é incipiente quanto à possibilidade, a princípio rejeitada, de o sistema de *franchising* configurar grupo econômico[34].

---

[32] STF, 1ª Turma, RE 18837, Rel. Min. Barros Barreto, *in* Calheiros Bonfim, *Dicionário*, p. 25.

[33] (*rectius:* sociedades empresárias). *Empresa* não tem, como visto, personalidade jurídica.

[34] Situação curiosa é a das franquias, ou *franchising*, que crescem expressivamente no setor terciário, consistindo em um padrão de bens ou serviços associado a uma marca. Embora o *dono* da marca não tenha, regra geral, participação alguma na composição das sociedades franqueadas, ou não seja destas o sócio majoritário, a sua ingerência em assuntos internos da sociedade franqueada é, muita vez, evidenciada pelo interesse de manter o produto a preço módico, mediante uma estratégia de ação comum em toda a rede. As sociedades franqueadas aceitam essa intromissão como contrapartida do direito de usar a marca, já consagrada comercialmente. Em edição de 11 de abril de 2001, a revista *Veja* informou que o McDonald's, sendo o símbolo desse sistema de franquias na economia globalizada, tinha então 28.000 lanchonetes espalhadas em 120 países, a cada seis horas sendo aberta uma nova unidade em alguma parte do mundo. A reportagem assinala enfim que a política agressiva de expansão da rede está baseada em processo de produção de *hamburgers* em série que inclui "cardápio enxuto, hambúrger barato, produção em série, ambiente limpo, rapidez no atendimento e mão-de-obra de baixo custo". Sobre o assunto, a Segunda Turma do TST decidiu:

Os teóricos e agentes do direito divergem ainda mais, porém, quando instados a responder se a solidariedade prevista no artigo de lei, sob comento, seria apenas a *solidariedade passiva* ou se ali estaria igualmente consagrada a *solidariedade ativa* dos entes empresariais que integram grupos econômicos. Seriam eles, os titulares das empresas consorciadas, apenas devedores solidários, obrigando-se todos pela dívida trabalhista de cada qual (solidariedade passiva)? Ou cada ente empresarial seria também credor da prestação de trabalho contratada no âmbito de qualquer das empresas componentes do grupo econômico (solidariedade ativa)?

Na esteira de João Antônio Pereira Leite[35], autores de nomeada dizem-se atentos ao fato de o multicitado artigo 2º, §2º da CLT prever que as *empresas* integrantes do grupo econômico são "solidariamente *responsáveis*" e que "quem responde ou é responsável na relação obrigacional é o devedor, nunca o credor".

Antes de o dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho assim estatuir, a revogada Lei 435/37 continha, como observa Amauri Mascaro Nascimento[36], um artigo de igual teor, sucedido, entretanto, por um parágrafo único que assegurava a solidariedade ativa, ao rematar: "essa solidariedade não se dará entre empresas subordinadas, nem diretamente, nem por intermédio da empresa principal, a não ser para o fim único de se considerarem todas elas como um mesmo empregador". Dada a derrogação desse parágrafo único, estaria prevista apenas a solidariedade passiva na opinião de consagrados teóricos do direito do trabalho[37].

Apesar disso, a lei que não se enquadra à realidade perde, ou vê diluída, a sua aptidão normativa. A norma desprovida de eficácia social é, em última análise, um pedaço de papel, talvez um objeto de estudo para positivistas da escola exegética do Direito, apegados à eficácia formal da norma jurídica. Sendo real e comum, porém, a existência de empregados que, contratados por uma sociedade empresarial, prestam serviço a esta e nas outras empresas que integram o grupo econômico (operando o caixa que serve a várias destas, *exempli gratia*), à jurisprudência coube a desafiadora missão de solucionar os conflitos a isso atinentes, dizendo, afinal, se haveria tantos contratos quantas fossem as empresas ou se o contrato e o empregador eram unitários. Aderindo à tese do empregador unitário (ou *empregador único*, como usualmente se diz), assentou o TST, no verbete 129 da súmula de sua jurisprudência:

> A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário.

"*FRANCHISING*. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. O contrato mercantil de *franchising*, de que trata a Lei n. 8955/94, em especial o art. 2º, caracterizado entre as empresas demandadas, autônomas, com personalidades jurídicas próprias e diversidade de sócios, impede a caracterização do grupo econômico, e, por conseqüência, o reconhecimento da responsabilidade solidária prevista no art. 2º, §2º, da CLT" (TST, 2ª Turma, Proc. n. RR 565433/99, Rel. Juiz Convocado Aluysio Corrêa da Veiga, DJU 22.6.2001. Revista TST, Brasília, vol. 67, n. 3, jul/set 2001. p. 344).

[35] *Apud* Gilberto Gomes, *op. cit.*, p. 149.

[36] *Op. cit.* p. 430.

[37] Maurício Godinho Delgado, em obra citada, p 385, observa que se filiam à tese da exclusividade da solidariedade passiva os autores Orlando Gomes, Cesarino Junior, Antônio Lamarca, Cássio Mesquita de Barros Junior, Aluysio Sampaio e Amauri Mascaro Nascimento, sendo adeptos também da solidariedade ativa os laboralistas Arnaldo Süssekind, Mozart Victor Russomano, Martins Catharino e Délio Maranhão.

Na esteira desse entendimento, recomendou ainda a Súmula 93 do TST:

> Integra a remuneração do bancário a vantagem pecuniária por ele auferida na colocação ou na venda de papéis ou valores mobiliários de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, quando exercida essa atividade no horário e local de trabalho e com o consentimento, tácito ou expresso, do banco empregador.

Noutras palavras, o empregado pode, por força de contrato formalizado no âmbito de empresa que integre grupo econômico, prestar trabalho em outra(s) das empresas consorciadas, sendo um único o contrato, o empregador e o salário (ainda que parte deste salário provenha de outras empresas do grupo).

Parecia, então, uniformizada a questão no nível jurisprudencial, não sendo poucas as decisões regionais que endossaram a tese do empregador único[38]. Mais que a possibilidade de o empregado trabalhar para várias empresas do grupo econômico, o acolhimento da solidariedade ativa estaria a implicar, por exemplo, que o empregado teria direito a somar o tempo de serviço prestado, sucessivamente, em diferentes empresas do grupo econômico (*accessio temporis*), para efeito de férias, indenização de antigüidade e acréscimo de 40% sobre o FGTS, ou ainda a exigir adicional de transferência sempre que fosse formalizada a cessação de seu contrato em uma localidade e se forjasse a sua admissão, em outra empresa do grupo, em localidade diversa.

Engana-se, porém, quem imagina pacificada a matéria. Além de a Súmula 205 do TST ser aparentemente incompatível com a tese da solidariedade ativa[39], há decisões mais recentes do mesmo TST que negam essa concepção de empregador único[40]. O intérprete do direito tem, aqui e portanto, um solo rico e dócil à sua exploração.

8.6 A subcontratação e a intermediação de mão-de-obra

Frisamos, há pouco, que a concentração econômica inspiradora do art. 2º, §2º, da CLT vinha se contrapondo, em tempo mais recente, à especialização da atividade empresarial. German Barreiro Gonzalez[41], catedrático da Universidade de León, notou esse "duplo movimento de sentido aparentemente antagônico, mas em muitos casos complementar". O autor distingue, assim, os processos de concentração ou distensão da atividade econômica:

> De um lado estão aquelas organizações produtivas que buscam aumentar sua dimensão, ser maiores para competir melhor, através de alternativas de

---

[38] *Vide* Revista LTr 62-11/1571 e 64-04/537.

[39] Diz o Enunciado 205 do TST: *"O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução"*. Logo, o empregado que quiser valer-se do patrimônio de outra sociedade empresária integrante do grupo econômico, que não seja o seu empregador aparente, deverá propor ação em face dele, sob pena de não poder, mais adiante, postular a penhora sobre os seus bens.

[40] "Grupo econômico. Contrato com empresas diversas. Unicidade do tempo de serviço. Impossibilidade. Para efeito de indenização de Antigüidade, não são computados os períodos em que o empregado tenha laborado em empresas do mesmo grupo econômico, mediante contratos de trabalho diversos. A solidariedade prevista no art. 2º, parágrafo 2º, da CLT é simplesmente passiva e para efeito de responsabilidade quanto a débitos trabalhistas das outras. Recurso parcialmente conhecido e provido" (TST-RR-385.933/97 – 2ª. Turma – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 04.08.2000).

[41] GONZALEZ, German Barreiro. Reflexiones sobre el outsourcing en la empresa. *In:* Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo : LTr, 2000. Tradução livre. p. 606.

> crescimento estratégico juridicamente materializado em fusões e absorções; de outro, aquelas que preconizam como torna a empresa mais competitiva o fato de ela adelgaçar sua estrutura produtiva, em uma tentativa de reduzir sua dimensão até o limite do que se pode considerar estritamente necessário para o desenvolvimento de sua competência básica.

O mesmo autor observa que o primeiro fenômeno (*insourcing*) corresponderia à formação de grupos de empresa de composição vertical, enquanto o *adelgaçamento* (ou *enxugamento*, como preferem dizer os agentes do mercado) da estrutura produtiva se manifestaria através da subcontratação ou do *outsourcing*, "se bem que este último seja precisamente, em muitos casos, a fórmula mais fácil para converter, aproveitando as lacunas do ordenamento jurídico, uma empresa em um grupo de empresas horizontal, descentralizando só o risco, porém conservando, em última análise, o controle de toda a atividade produtiva (...)"[42]. Bem se vê que essa digressão do autor nos remete à possibilidade de se fundirem, disfarçadamente, a subcontratação e a formação (dissimulada) de grupo econômico. Interessa-nos, porém e agora, tratar, estritamente, das subcontratações.

Poder-se-ia dizer que há duas formas de subcontratar ou, como se diz sem rigor etimológico, de *terceirizar* a atividade empresarial: a uma primeira denominaremos *subcontratação integral*, rivalizando esta com o segundo tipo, a *subcontratação parcial*.

A subcontratação integral ocorre quando a empresa[43] subcontratada não fornece apenas mão-de-obra, ou seja, não reserva ao tomador dos serviços o poder de comandar os trabalhadores *fornecidos*. Em vez disso, a empresa subcontratada assegura a execução do serviço ajustado e exerce, não raro através de prepostos, o poder diretivo sobre a prestação de trabalho de seus próprios empregados, mesmo quando estes laboram no estabelecimento da empresa tomadora dos serviços. Na subcontratação parcial, o tomador dos serviços exerce poder de comando sobre a prestação de trabalho desenvolvida pelos empregados da empresa subcontratada.

A ordem jurídica legitima alguns tipos de uma e outra subcontratações, como se pode perceber à leitura da Súmula 331 do TST:

> I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6019, de 3-1-74).
>
> II – A contratação irregular do trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).
>
> III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;
>
> IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias,

---

[42] *Op. cit.*, p. 606.

[43] A partir daqui e apenas para facilitar a assimilação do conteúdo, incorreremos no mesmo erro do legislador e usaremos o termo *empresa* quando estivermos nos referindo ao empresário ou à sociedade empresarial. É que a linguagem mais técnica confunde, às vezes, o interlocutor, ao fazê-lo abstrair da essência do que se diz.

> das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo n. 71 da Lei n. 8666/93).

O item I está a proclamar que a jurisprudência trabalhista proscreve a subcontratação. Os dois itens seguintes referem exceções a essa regra e o item IV concerne, como se verá, à responsabilidade do tomador de serviço nas hipóteses em que a subcontratação, por se adequar a algumas das citadas exceções, é lícita.

Voltando à nossa classificação, vimos que a subcontratação integral ocorre quando a empresa subcontratada fornece mão-de-obra e o seu titular dirige a prestação de trabalho dos trabalhadores *fornecidos.* A subcontratação integral é lícita, salvo quando ocorre na atividade-fim da empresa tomadora dos serviços (item III da Súmula 331). Exemplo: é lícita a subcontratação dos serviços de limpeza ou pintura de fábrica de tecidos (atividade-meio), não o sendo, nesta, a subcontratação do serviço afeto ao operador de máquina da tecelagem (atividade-fim).

A subcontratação parcial é, também já o vimos, aquela em que o tomador dos serviços dirige a prestação laboral dos trabalhadores fornecidos pela empresa subcontratada. Ela é ilícita e, quando acontece, podem os trabalhadores exigir, na Justiça do Trabalho, o reconhecimento de vínculo diretamente com a empresa tomadora dos serviços, salvo na hipótese de trabalho temporário (item I da Súmula 331) e naqueles em que figura como tomador dos serviços algum órgão da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional. Nesse último caso, o vínculo de emprego com a Administração deixa de se estabelecer pela simples razão de os empregos públicos serem providos apenas mediante concurso.

Uma observação é, aqui, necessária. Interessa notar que a interlocução direta entre o vigilante e a pessoa vigiada ou o titular do bem guardado (tomador dos serviços) não implica, a princípio, subordinação direta daquele a algum destes. O vigilante não é empregado do tomador dos serviços apenas porque, em alguns momentos, dirige-lhe a palavra. A vigilância exige pessoal capacitado e cadastrado na Delegacia Regional do Trabalho, recrutado de quadro próprio de empregados ou através da intermediação de empresa especializada em segurança (Lei 7102/83). A constante interação entre o exercente do serviço de guarda e o proprietário da coisa vigiada não os converte, somente por isso, em sujeitos de vínculo de emprego. Parece-nos ser esta a melhor exegese do item III da Súmula 331, acima transcrito.

8.6.1 A subempreitada em vista da Súmula 331 do TST

Prescreve o artigo 455 da CLT, *verbis:* "Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro". O dispositivo não está tornando lícitas todas as subcontratações (inclusive as que ocorrem na atividade-fim do tomador de serviços), mas apenas está a prever a solidariedade do empreiteiro principal e, assim estatuindo, assegura o direito de empregados dos subempreiteiros, em casos de subcontratações lícitas, ajuizarem ação trabalhista em face do empreiteiro principal.

A jurisprudência sempre foi pouco receptiva à idéia de responsabilizar, também e subsidiariamente, o dono da obra, embora alguma doutrina sustentasse a sua responsabilidade (não somente do empreiteiro principal), sempre que agisse ele, o dono da obra, com culpa na escolha (*in eligendo*) do empreiteiro principal, ou ainda quando negligenciasse a fiscalização (culpa *in vigilando*) do cumprimento, por este, das obrigações trabalhistas. O advento do item IV da Súmula 331 do TST poderia significar, contudo, um sinal de mudança da orientação jurisprudencial, que estaria aderindo à mencionada construção doutrinária, no tocante à responsabilização do dono da obra por culpa.

Ocorre, porém, que o mesmo TST continua se posicionando, com firmeza, no sentido de não haver responsabilidade solidária ou subsidiária do dono da obra, "salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora"[44]. O que podemos notar é que a contratação de uma *obra* a empresa especializada não acarretará, segundo essa orientação jurisprudencial, a responsabilidade do seu tomador, ou seja, a responsabilidade do dono da obra. A "obra" é aqui assimilada, como se pode concluir, como o resultado de um *serviço transitório* (mais adiante, poderemos perceber que o TST está compreendendo como obra como *um serviço transitório de construção civil*). Optou-se, bem se vê, por um conceito restrito de "obra", deixando-se à regência da Súmula 331, IV, do TST a intermediação dos serviços *permanentes*.

Ressai uma indagação: por que há responsabilidade do dono da obra quando é ele uma construtora ou uma incorporadora? Pela razão simples de a obra de construção civil não ser, para a construtora ou para a incorporadora, um serviço transitório. Nem seria razoável, mesmo, que se permitisse à construtora intermediar mão-de-obra para a execução de serviço que é permanentemente necessário ao exercício de sua atividade econômica.

8.6.2 A Súmula 331, IV e a responsabilidade subsidiária do ente público

A essa altura, impende tratar da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, recomendada pelo item IV da Súmula 331 do TST. Essa responsabilização do tomador dos serviços teria como fundamento jurídico a regra insculpida no artigo 159 do Código Civil, que pressupõe – ou deveria pressupor, embora o enunciado da súmula a isso não faça referência – a culpa de quem contrata uma empresa interposta, sem ser criterioso ao escolhê-la ou na fiscalização de seus serviços.

Para outros, a responsabilidade do tomador dos serviços estaria fundada, *de lege ferenda*, na teoria do risco profissional, pois do ônus pela utilização de trabalho alheio não se poderia eximir o ente, pessoa ou empresa, a quem aproveitaria, em última análise, a utilidade dessa prestação laboral. Como o mencionado item IV da Súmula 331 não faz menção à culpa, está franqueada a discussão em que se digladiarão os defensores da culpa presumida (cabendo ao tomador dos serviços tentar elidir essa presunção) e os arautos do risco profissional..

Uma outra e mais intensa polêmica se criou no tocante à possibilidade de se responsabilizar o ente público ou paraestatal quando ele figurasse como tomador dos serviços, uma vez que a Lei 8666/93 (a lei regente das licitações públicas) os teria exonerado, ao regular:

---

[44] *Vide* orientação jurisprudencial n. 191 da SDI 1 do TST.

> "Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
>
> §1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis".

Sem embargo de ser essa a dicção legal, é imperioso lembrar que o artigo 173 da Constituição restringiu os casos em que o Estado brasileiro pode explorar atividade econômica e enfatizou, em seu parágrafo primeiro, inciso segundo, a sujeição de empresas públicas e sociedades de economia mista "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários". Logo, seria inconstitucional o artigo 71 da Lei 8666/93 se pretendesse assegurar às empresas públicas e sociedades de economia mista um privilégio – isenção trabalhista – que não estende às empresas privadas, com as quais concorrem os citados entes paraestatais.

Isso faria questionável, porém, a adoção da Súmula 331, IV, do TST nos casos em que o tomador dos serviços é ente público sem atuação no mercado de bens ou serviços, já que neles haveria a incidência do artigo 71 da Lei 8666/93 sem que se pudesse cogitar de contraste entre o seu preceito e a ordem econômica consagrada pelo texto constitucional.

O Tribunal Superior do Trabalho assumiu, porém, posição de vanguarda, ao enfatizar que o artigo 71 da Lei 8666/93 vedava a solidariedade, mas não a responsabilidade subsidiária da Administração. E foi além, para explicitar que o fundamento jurídico para a responsabilização do ente público ou da empresa estatal que exerce serviço público[45], quando utilizam a força de trabalho humana através de empresa interposta, é o artigo 37, §6º, da Constituição, que assim dispõe:

> "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"[46].

Tal orientação jurisprudencial, que deu margem a uma nova redação para a Súmula 331, IV, do TST (acima transcrita), está mais bem delineada em acórdão[47] paradigmático, cuja longa ementa é suficientemente explicativa:

> RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENTIDADE PÚBLICA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. O sistema da terceirização de mão-de-obra, em sua pureza, é importante para a competitividade das empresas e para o próprio desenvolvimento do País. Exatamente para a subsistência deste sistema de terceirização é que é fundamental estabelecer a responsabilidade

---

[45] Há entes paraestatais que exercem *serviço público*, quanto a estes se aplicando o art. 37, §6º, da CF. Existem, também, empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem, porém, atividade econômica e se submetem, como já visto, ao regime próprio das empresas privadas, como lhes é imposto pelo art. 173, §1º, II da CF (*v.* Di Pietro, *op. cit.* p. 304).

[46] Sobre a aplicação desse dispositivo constitucional às empresas públicas e sociedades de economia mista, v. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, pp. 600-601. Também: Maria Sylvia di Pietro, *op. cit.*, p. 341.

[47] TST, SDI 1, ERR 314246/96, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 16/03/01, p. 698.

> subsidiária do tomador de serviços, quando a prestadora de serviços é inidônea economicamente. Naturalmente, estabelecendo-se a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, este se acautelará, evitando a contratação de empresas que não têm condições de bem cumprir suas obrigações. Isto evitará a proliferação de empresas fantasmas ou que já se constituem, mesmo visando a lucro fácil e imediato às custas de direitos dos trabalhadores. Os arts. 27 a 56 da Lei nº 8666/93 asseguram à Administração Pública uma série de cautelas para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto a descumprimento de obrigações por parte da empresa prestadora de serviços, inclusive a caução. Se, no entanto, assim não age, emerge clara a culpa "in eligendo" e "in vigilando" da Administração Pública. E, considerando o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 193 da Constituição Federal, bem poder-se-ia ter como inconstitucional o § 2º do art. 71 da Lei nº 8666/93 se se considerasse que afastaria a responsabilidade subsidiária das entidades públicas, mesmo que houvesse culpa "in eligendo" e "in vigilando" na contratação de empresa inidônea para a prestação de serviços. Por isto a conclusão no sentido de que o § 1º do art. 71 da Lei nº 8666/93 refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo a solidária, mas não à responsabilidade subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de uma empresa inidônea em termos econômicos-financeiros, e ainda se omite em bem fiscalizar. Neste sentido se consagrou a jurisprudência desta Corte, tendo o item IV do Enunciado nº 331 explicitado que ´o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8666/93)´. Recurso de embargos não conhecido.

Logo, o artigo 71 da Lei 8666/93 estaria vedando a responsabilidade direta ou a solidariedade do ente público contratante, mas não a responsabilidade subsidiária deste. Se a vedasse, seria inconstitucional.

Ao adotar essa linha de pensamento, a Justiça do Trabalho reage, com esteio na ordem jurídica, ao modo indisciplinado como os entes públicos vinham contratando empresas inidôneas para a viabilização dos serviços públicos, numa busca desenfreada por imunidade trabalhista, ao tempo em que assume o seu encargo político de fazer preponderar a dignidade do trabalho humano e o compromisso com a prevalência de direitos sociais que, por obra da Constituição em vigor, conferem identidade ao nosso Estado Democrático de Direito.

Como quer que seja, o item IV da Súmula 331 do TST não converte o tomador dos serviços em empregador, apenas fazendo recair sobre ele responsabilidade trabalhista subsidiária. Diferente é o que sucede por influência do item I do mesmo verbete sumulado.

Atualizado em julho de 2010

9

REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 9.1 Conceito. 9.1.1 As teorias da tripartição e da bipartição. 9.2 O salário. 9.2.1 O salário mínimo. 9.2.1.1 Salário mínimo profissional. Piso salarial. 9.2.1.2 O salário por unidade de tempo e o salário mínimo. Jornada reduzida. 9.2.1.3 O salário variável e o salário mínimo. Hipótese de jornada reduzida. 9.2.2 Salário-utilidade. 9.2.2.1 Limites percentuais do salário-utilidade. 9.2.2.2 Configuração do salário-utilidade. 9.2.2.3 Conversão em dinheiro. Salário-utilidade na suspensão contratual. 9.2.3 Modalidades de salário. 9.2.3.1 Comissão e percentagem. 9.2.3.2 Gratificações ajustadas. A) O décimo terceiro salário: a antiga gratificação natalina. B) A gratificação de função. Reversão ao cargo efetivo. Incorporação da gratificação ao salário. C) A gratificação e o prêmio. 9.2.3.3 Diária para viagem. A distinção entre diária e ajuda de custo. 9.2.3.4 Abono. 9.2.4 O salário-base e os complementos salariais. 9.2.4.1 A acessoriedade dos complementos salariais. 9.2.4.2 A periodicidade dos complementos salariais. 9.2.4.3 A multicausalidade e a plurinormatividade dos complementos salariais. 9.2.4.4 A condicionalidade dos complementos salariais. 9.2.5 Prestações trabalhistas sem natureza salarial ou remuneratória. 9.2.5.1 A participação nos lucros, resultados ou gestão da empresa. 9.2.5.2 O Programa de Integração Social (PIS). 9.2.5.3 O Programa de Alimentação ao Trabalhador. 9.2.5.4 O vale-transporte. 9.3 A remuneração. 9.3.1 A gorjeta imprópria. 9.3.2 A oportunidade de ganho. 9.3.3 A remuneração, em especial a gorjeta, como base de cálculo de outras parcelas. 9.4 Os adicionais (*indenizações* na teoria da tripartição). Vedação à incidência recíproca. 9.4.1 O adicional de hora extra. 9.4.2. O adicional noturno. 9.4.2.1 O trabalho noturno em regime de revezamento. 9.4.2.2 O trabalho noturno decorrente da natureza da atividade. 9.4.2.3 A prorrogação do trabalho noturno. 9.4.2.4 O trabalho noturno do empregado rural. 9.4.2.5 O trabalho noturno em regimes especiais – empregado portuário e advogado. 9.4.3 Os adicionais de insalubridade e de periculosidade. 9.4.3.1 Hipóteses de incidência. 9.4.3.2 A base de cálculo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. 9.4.3.3 A prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho. 9.4.3.4 A necessidade de perícia técnica em sede judicial. 9.4.3.5 A supressão do direito ao adicional pela neutralização ou eliminação do risco. 9.4.3.6 A condicionalidade do direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade. 9.4.3.7 A inacumulabilidade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade. 9.4.4 O adicional de transferência. 9.5 Os princípios informantes da teoria jurídica do salário. 9.5.1 Princípio da irredutibilidade. 9.5.2 Princípio da integridade do salário. 9.5.2.1 A integridade do salário e sua determinação supletiva. 9.5.2.2. A integridade do salário e a vedação de descontos. A) O desconto salarial e o risco da atividade econômica.

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

Recebimento de cheques sem fundo por frentistas. Dano por colisão de veículo por culpa de motorista. As diferenças de caixa e a gratificação *quebra-de-caixa.* B) O desconto da contribuição assistencial. 9.5.3 Princípio da intangibilidade do salário. 9.5.3.1 Proteção contra a imprevidência do empregador. Falência do empresário empregador. Recuperação judicial e extrajudicial do empregador. Liquidação extrajudicial da sociedade empregadora. 9.5.3.2 Proteção contra a imprevidência do empregado. Incessibilidade. Impenhorabilidade absoluta. 9.5.4 Princípio da igualdade de salário. 9.5.4.1 Os pressupostos da equiparação salarial com empregado brasileiro. 9.5.4.2 A existência de quadro de carreira – fato impeditivo da equiparação. Direito ao enquadramento. 9.5.4.3 Equiparação salarial com estrangeiro. 9.5.5 Princípio da certeza do pagamento do salário. 9.5.5.1 A certeza que emana do *modo* de pagar o salário. O recibo de pagamento e o salário complessivo. 9.5.5.2 A certeza quanto ao valor do salário. 9.5.5.3 A certeza quanto ao tempo e ao lugar do pagamento de salário.

9.1 Conceito

Não há erro, em linguagem atécnica, quando se usam, indistintamente, os termos *remuneração* e *salário*. A origem etimológica dessas duas palavras[2] autorizaria, em verdade, a sinonímia. A semântica jurídica trilha, porém e no Brasil, um outro caminho, com o claro anseio de impedir que o empregador se beneficie da energia de trabalho do empregado sem lhe pagar, *diretamente*, ao menos o salário mínimo. A fórmula legal, elaborada com tal intenção, é a seguinte:

REMUNERAÇÃO = SALÁRIO + GORJETA

O artigo 457 da CLT define *salário* como a parte da *remuneração* que é contraprestacional e é paga diretamente pelo empregador. No conjunto da remuneração, o que excede o seu elemento mais restrito, o salário, é a gorjeta paga por terceiros. Para além da fórmula legal, podemos somar à gorjeta, como verba *remuneratória*, mas não *salarial*, uma outra atribuição econômica que não se configure uma contraprestação ajustada, nem por ajuste expresso, nem por ajuste tácito[3].

É bom ressaltar, a essa altura, que a *comutatividade* do contrato de emprego não importa a exata equivalência de prestações, quer pela necessidade de ocorrer a *mais-valia*

---

[2] Segundo Catharino (CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário.* São Paulo: LTr, 1994. p. 20), *salário* deriva do latim *"salarium"* e este de sal, porque era costume entre os romanos se pagar aos servidores domésticos em quantidade de sal, também se pagando, assim, aos soldados das legiões romanas. *Remuneração* vem também do latim *"remuneratio"*, do verbo *"remuneror"*, composto de *"re"*, que dá idéia de reciprocidade, e de *"muneror"*, que significa recompensar. Em outra obra (CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário do Direito do Trabalho.* São Paulo : Editora Jurídica e Universitária, 1973. p. 437) acentua que *"*remuneração *e* retribuição, *também de origem latina, são absolutamente sinônimas"*. Apenas para efeitos didáticos e seguindo a sugestão de Rodrigues Pinto (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 258), usaremos o termo *retribuição* como gênero, em que se incluem as espécies salário, remuneração e, para os que defendem a tripartição, as indenizações.

[3] Mais adiante, veremos que a gratificação não ajustada é um possível exemplo de atribuição econômica a que falta a característica de salário.

na relação empregatícia, quer em razão de o empregador dever o salário mesmo quando há apenas a disponibilidade da força de trabalho ou até em períodos de interrupção contratual. Por isso, Amauri Mascaro Nascimento[4] destaca que a vertente teórica de maior aceitação, nos tempos de hoje, é a que se conhece como *teoria da contraprestação do contrato de trabalho*, mais abrangente que as teorias *da contraprestação do trabalho* e *da contraprestação da disponibilidade do trabalhador.*

Há, enfim, duas questões introdutórias que merecem um especial cuidado do intérprete do direito do trabalho. Da primeira logo trataremos, pois é concernente à aceitação, especialmente pela doutrina, da relação de continência, prevista no já citado artigo 457 da CLT, entre *remuneração* e *salário*. A segunda questão propedêutica será analisada quando cuidarmos da gorjeta, sendo pertinente à observância, pela jurisprudência, da regra que impede o empregador de computar a gorjeta na composição do salário mínimo.

Outro exemplo elucidativo de oportunidade de ganho é o direito de arena, regulado pelo art. 42 da Lei 9.615/98 (Lei Pelé). Prevê esse dispositivo que "às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem", acrescendo o § 1º: "Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento". Em curtas palavras, o atleta profissional cuja atuação é transmitida pela mídia tem direito a vinte por cento do que receber a entidade desportiva por essa exibição de sua equipe.

Trata-se, consoante sobrevisto, do direito de arena, que corresponde a parcela paga por terceiro, o agente de comunicação, e repassado parcialmente ao atleta. Não se confunde com o direito de uso da imagem, vale dizer, com o ajuste entre o clube ou entidade desportiva e o atleta para que a imagem deste seja explorada comercialmente por aquele ou pelas empresas que patrocinaram a sua contratação. O direito de uso da imagem é regido pelas normas de direito civil e o preço ajustado não integra a remuneração do empregado, podendo subsistir o ajuste até mesmo quando o atleta suspende temporariamente a sua atividade ou após o encerramento da carreira desportiva.

O Tribunal Superior do Trabalho tem afirmado, incensuravelmente, que apenas o direito de arena integra a remuneração do empregado (atleta profissional), o mesmo não ocorrendo ao direito de uso da imagem. Ao atribuir caráter remuneratório ao direito de arena, o TST o exclui da base de cálculo das parcelas que, segundo o que recomenda a Súmula 357 de sua jurisprudência, devem ter apenas o salário como base de cálculo, quais sejam: o aviso prévio, o adicionais de hora extra e noturno, a remuneração do repouso semanal[5].

9.1.1 As teorias da tripartição e da bipartição

---

[4] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário.* São Paulo: LTr, 1994. p. 98.

[5] Nesse sentido pode ser citado o precedente RR - 1751/2003-060-01-00.2, DJ 02/05/2008, de relatoria do Ministro José Simpliciano Fernandes Fontes, e ainda, entre vários outros, o RR - 1447/2002-012-01-00.0, DJ 23/05/2008, o RR - 12720/2004-013-09-00.7, DJ 12/09/2008 e o RR - 1210/2004-025-03-00.7, DJ 16/03/2007, relatados respectivamente pelos ministros Ives Gandra Martins Filho, Horácio Raymundo de Senna Pires e Antônio José de Barros Levenhagen.

Alguns autores sustentam a existência de uma terceira espécie de retribuição do trabalho (que se soma ao salário e ao seu gênero, a remuneração), sendo ela destinada a *indenizar* o empregado por despesas efetuadas em razão do labor ou pela condição de trabalho desconfortável ou arriscada. Seriam as *indenizações*, referidas, entre nós, por Rodrigues Pinto[6] e Orlando Gomes e Elson Gottschalk[7]. Ou seja: além das indenizações em sentido estrito, como aquela prevista no artigo 479 da CLT para os casos de ruptura antecipada de contrato a termo[8], teriam caráter indenizatório os *adicionais*.

Outros juslaboralistas rejeitam a tese da tripartição, por entenderem que os adicionais também *remuneram*. No plano teórico, não nos parece que a teoria da tripartição mereça essa crítica, uma vez que, embora os adicionais correspondam a alguma prestação de trabalho (e por isso seriam, essencialmente, remuneratórios), decerto que a sua motivação é mesmo a adversidade ou o risco do labor cuja remuneração é acrescida de tal adicional. Assim, o desconforto relativo ao tempo de trabalho justifica os adicionais noturno e de hora extra; quando é o lugar de trabalho que é desfavorável, surge o adicional de transferência; os adicionais de periculosidade e de insalubridade compensariam o risco à incolumidade física e à saúde, respectivamente.

A representação geométrica da retribuição do trabalho, assim compreendida, seria formada por círculos concêntricos que envolveriam, do menor para o maior, as parcelas salariais, as verbas remuneratórias e, no círculo da extremidade, as indenizações. A imagem permite notar a força atrativa do núcleo salarial, assim definida por Rodrigues Pinto[9]:

> Por seus caracteres de *alimentariedade* e *irredutibilidade*, o salário exerce sobre todas as demais parcelas retributivas uma força de atração para seu núcleo, de modo a consolidar com elas a expectativa de subsistência do empregado. A atração exercida por essa força do salário se faz gradualmente, através do fator habitualidade, ou seja, reiteração no tempo, que se apresente no pagamento de qualquer das demais parcelas.

Contudo e como já ressaltado, há os que incluem os *adicionais* no círculo da remuneração, abstraindo da existência de uma terceira espécie – as indenizações – da retribuição do trabalho. É a teoria da bipartição. Tem ela, no Brasil, o respaldo de estar em consonância com o texto legal, sendo a preferida pelos órgãos jurisdicionais, conforme se pode inferir dos termos usados na redação da Súmula 63 do TST:

> A contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço incide sobre a *remuneração* mensal devida ao empregado, *inclusive* horas extras e *adicionais* eventuais.

Como quer que o teórico ou o aplicador do direito do trabalho se posicione, tripartindo ou apenas bipartindo o conjunto remuneratório, é certo que o caráter alimentar do salário não se estende, ao menos com igual intensidade, às parcelas que se situam nos

---

[6] *Op. cit.* p. 259.

[7] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 205. Estes autores fazem remissão à obra de Riva Sanseverino e Amauri Mascaro Nascimento (*op. cit.* p. 57) nos remete a Giuliano Mazzoni, quando menciona os que defendem a tripartição.

[8] *Vide*, no capítulo relativo à Classificação do Contrato de Trabalho, o subitem alusivo às Peculiaridades do Contrato a Termo

[9] *Op. cit.* p. 264.

círculos extremos da retribuição do trabalho, que concernem à remuneração e, para os que a tripartem, às indenizações. Importa dizer, por outra via, que a atribuição econômica não poderá ser extraída do patrimônio do empregado, tão logo seja atraída pelo núcleo salarial e se converta, assim, em salário.

A utilização, pelo legislador e por segmento expressivo do Poder Judiciário, do termo *remuneração* com o intuito de abranger também os adicionais – o que implica a inclusão destes na quantificação das verbas que têm a *remuneração* como base de cálculo – induz-nos à opção de tratar os adicionais, doravante, como parcelas remuneratórias que se podem converter em salariais. Há, aqui, uma clara concessão nossa ao conceito legal.

Estudaremos, porém, as características do salário e, somente depois, as da remuneração.

9.2 O salário

Enfatizamos a natureza salarial e a força atrativa do núcleo salarial. O empregado que recebe, habitualmente e do empregador, uma parcela que, a princípio, revestia-se de natureza remuneratória, incorpora-a ao seu patrimônio, daí por diante. Assim ocorrerá porque a parcela que tinha natureza remuneratória ter-se-á convertido, por ser habitual, em parcela com natureza salarial. A habitualidade da multicitada parcela fará presumir o ajuste tácito e se atenderá, desse modo, aos dois pressupostos do salário: o pagamento direto pelo empregador e a origem contratual ou contraprestacional[10].

Acontecem outras situações, por certo, em que também se pode induzir o ajuste tácito, malgrado a inocorrência da habitualidade. Se em uma empresa houve, sem expressa previsão legal ou contratual, o pagamento de uma vantagem qualquer a todos os empregados, a abrupta supressão dessa vantagem não pode ocorrer, mormente se em prejuízo, apenas, dos empregados que teriam sido admitidos poucos meses antes, pois é fácil verificar que a mencionada vantagem era objeto de um acerto implícito entre os empregados e o empregador. De novo, a contratualidade e o pagamento direto pelo empregador estariam a caracterizar a vantagem como *salário*, obstando sua supressão.

A habitualidade é, portanto, um indício da contratualidade, o seu indício mais freqüente, mas nada impedindo ao agente do direito laboral que consulte, ao solucionar um caso concreto, a existência de outros indícios.

Fixadas essas premissas, interessa analisar a razão primeira da distinção entre salário e remuneração, qual seja, a previsão de um salário mínimo. Em seguida, trataremos das modalidades de salário e, afinal, da sua subdivisão em salário-base e complementos salariais. Após examinarmos também as características da remuneração, voltaremos a cuidar de salário para, então, identificarmos os princípios que informam a teoria jurídica do salário. Sigamos, portanto, esse roteiro.

9.2.1 O salário mínimo

O artigo 7º, IV, da Constituição assegura, como direito social do trabalhador urbano ou rural: "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação,

[10] A bem da verdade, a *contraprestação* é uma exigência do *contrato comutativo* e, por isso, diz-se que, neste, a parcela contraprestacional é, também, contratual.

saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim". Ao exigir uma providência normativa por parte do legislador ordinário, visando à complementação de seu conteúdo, revela-se o citado preceito uma norma constitucional de eficácia limitada[11].

Isso tem permitido ao legislador infraconstitucional a atribuição de valores irrisórios ao salário mínimo, sem que uma possível argüição de inconstitucionalidade – das leis que assim dispõem – possa surtir algum efeito prático. Além disso, a impossibilidade, prevista no dispositivo constitucional acima reproduzido, de vincular o salário mínimo a outras prestações, tem produzido uma confusa jurisprudência sobre o alcance dessa restrição, dividindo-se os intérpretes e aplicadores do direito constitucional e do trabalho entre os que a generalizam[12] e aqueles que entendem não estar vedada a vinculação ao salário mínimo de prestações que têm natureza igualmente remuneratória[13], a exemplo do piso salarial e do adicional de insalubridade.

O debate se acentuou quando o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 4 com o seguinte teor: "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial". Em seguida, o TST reviu o enunciado de sua Súmula 228 para ali constar: "A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo".

A Confederação Nacional da Indústria aforou reclamação constitucional perante o STF (RC 6266), ao argumento de que a base de cálculo do adicional de insalubridade não poderia ser alterada pelo TST sem autorização expressa em lei, obtendo decisão liminar por meio da qual foi suspensa a eficácia da Súmula 228 do TST. A contenda entre os órgãos do Poder Judiciário, não obstante a natural prevalência do entendimento do STF, ou seja, daquele órgão ao qual se atribui a mais qualificada interpretação constitucional, revela a complexidade do tema e a sua difícil resolução.

Semelhante ao que ocorria sob a ordem constitucional anterior, a Constituição atual está, ainda, consagrando o salário mínimo familiar, pois o será aquele que atender a necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. Isso não obstante, inclui, como já o fazia a Constituição de 1967/1969, o salário-família entre os direitos sociais, sendo este um benefício previdenciário que, paradoxalmente, nasceu da necessidade de se transferir

---

[11] Cf. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção.* São Paulo : Atlas, 1999. p. 31. O autor reproduz a classificação tricotômica das normas constitucionais, levada a efeito por José Afonso da Silva.

[12] O STF decidiu pela inconstitucionalidade de lei estadual que fixava o piso salarial de servidores públicos em três salários mínimos (STF, 1ª Turma, RE 254871/PR, Min. Ilmar Galvão), decidindo pela inconstitucionalidade da vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo (STF, 2ª Turma, REAED 271752/SP, Min. Nelson Jobim, j. 20/2/2001, DJ 6/4/2001, p. 99). Também contra a vinculação do adicional de insalubridade ao mínimo: STF, 1ª Turma, RE 236396/MG, Min. Sepúlveda Pertence, j. 2/10/98, DJ 20/11/98, p. 24).

[13] O mesmo STF decidiu pela constitucionalidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo, por exsurgir *"com relevância maior a interpretação teleológica, buscando-se o real objetivo da Norma Maior"*: STF, 2ª Turma, AGRAG 177959/MG, j. 4/3/97, p. 23/5/97, p. 21731. Em igual sentido, acórdão de 14/12/98, do mesmo Ministro Relator, está publicado na Revista LTr 63-04/509.

para a Previdência o custo adicional do trabalhador que tinha prole, mas nem por isso haveria de ser discriminado. Fosse *realmente* familiar o salário mínimo e decerto não se conviveria, tão facilmente, com essa incoerência interna do texto constitucional.

9.2.1.1 Salário mínimo profissional. Piso salarial

Entre os direitos sociais por cuja implementação firmou compromisso o Estado brasileiro, está aquele previsto no artigo 7º, V, da sua Constituição: "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho". A lei ou a norma coletiva de trabalho podem fixar, portanto, a remuneração mínima devida aos trabalhadores que integram uma certa categoria profissional ou, sendo essa categoria composta por trabalhadores que exercem vários ofícios, a norma coletiva instituirá piso salarial que se amolde à complexidade e à duração do trabalho de cada qual.

Lembra Sergio Pinto Martins[14] que a Lei 8542, de 1992, autorizava a fixação, por contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, do piso salarial referido no capítulo constitucional dos direitos sociais. A bem da verdade, o dispositivo que assim previa foi derrogado quando o governo federal resolveu, por medida provisória (MP 1950), revogar os artigos de lei que tratavam de instituto natimorto, o contrato coletivo de trabalho. A revogação não ofuscou, porém, uma evidência: o piso salarial pode, mesmo, ser regulado por norma coletiva de trabalho.

Um velho dissenso doutrinário e jurisprudencial, a propósito de o piso salarial somente poder ser fixado mediante lei, ou também o ser por norma abstrata da categoria, não tem mais razão de ser. Até antes da Constituição de 1988, a fixação de piso salarial por sentença normativa estava restrita às hipóteses em que lei o autorizasse[15]. Por outro viés, restará ineficaz, ainda hoje e por vício de iniciativa, a decisão judicial que estabelecer piso salarial em favor de servidores públicos. Não vislumbramos, contudo, qualquer utilidade em se investir na tese, meramente acadêmica, de que não seria possível fixar piso salarial, salvo mediante lei. Ao que notamos, o Supremo Tribunal Federal não considera essa distinção conceitual[16].

Quanto ao piso salarial fixado em lei, há exemplos significativos. A Lei 3999/61 fixa o salário mínimo dos médicos em três vezes o salário mínimo geral, rezando o seu artigo quinto que os auxiliares dos médicos, vale dizer, os auxiliares de laboratoristas[17], radiologistas[18] e internos têm direito a salário profissional equivalente a duas vezes o salário mínimo. A Lei 4950-A/66 assegura piso salarial de valor equivalente a cinco ou seis salários mínimos para engenheiros, químicos, arquitetos, agrônomos e veterinários, a depender de o profissional ter-se graduado em menos de quatro anos ou em mais tempo, respectivamente.

---

[14] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho.* São Paulo : Atlas, 2001. p. 277.

[15] Artigo 142, §1º, da Constituição de 1967

[16] No julgamento do AGRAG 65238/RJ e do AGRAG 65239/RJ, o STF usa a expressão "salário mínimo profissional". No julgamento do RE 128362/RJ, usa a expressão "piso salarial profissional".

[17] *Vide* Súmula 301 do TST: "O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei 3999/61, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade".

[18] *Vide* Súmula 358 do TST: "O salário profissional dos técnicos em radiologia é igual a 2 (dois) salários mínimos e não a 4 (quatro)". Os técnicos em radiologia são regidos, hoje, pela Lei 7394/85.

Há algum tempo, editou-se a Lei Complementar n. 103, de 14/7/2000, com os objetivos não disfarçados de a União transferir a outros entes da Federação a responsabilidade pela fixação do salário mínimo e de permitir, até por isso, que seja este fixado em valor diferente para cada Estado, em detrimento da norma constitucional, que exige seja o salário mínimo nacionalmente unificado. Como o artigo 7º, IV, da Constituição, não permitia que assim sucedesse e havia, por parte da presidência da República, o claro propósito de reagir, sem onerar a Previdência, à pressão social pela majoração do mínimo legal, tentou-se atribuir aos Estados e ao Distrito Federal a competência para fixar piso salarial. Deu-se à expressão *piso salarial* o inédito significado de *salário mínimo estadual.* O artigo primeiro da citada lei complementar tem a seguinte dicção:

> "Art. 1º. Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho".

Todavia, não tardou para que todos entendessem a necessidade de o piso salarial ser fixado na proporção da complexidade e da extensão do trabalho, pois assim está assentado na Constituição. Em suma, o piso salarial deve sempre estar associado às especificidades da categoria agraciada. O tempo dirá os resultados de tal empresa legislativa, que nasceu de erro grosseiro sobre o teor dos incisos quarto e quinto do artigo sétimo da Carta Magna.

Sobre o piso salarial que pode ser fixado em norma coletiva, as categorias profissionais têm revelado a preocupação de não vinculá-lo ao salário mínimo, fixando-o em valor nominal. A já referida oscilação do Supremo Tribunal Federal, quando teve que pronunciar a constitucionalidade, ou não, das normas que vinculavam prestações salariais ao salário mínimo, justifica a preocupação.

Duas questões, ainda relativas ao salário mínimo, que merecem breve reflexão. São elas relativas às jornadas reduzidas e ao salário variável. Ao enfrentá-las, vamos tratar logo de diferenciar os modos de fixação do salário. Como adiante se vê, o salário pode ser fixado *por unidade de tempo, por unidade de obra* ou *por tarefa*, sendo esse último uma tentativa de combinar os dois tipos anteriores.

9.2.1.2 O salário por unidade de tempo e o salário mínimo. Jornada reduzida

O salário, seja o seu valor igual ou superior ao mínimo legal, pode ser ajustado à razão do tempo de trabalho, quando então o empregado receberá um valor contratado por cada hora, dia, semana ou mês de trabalho. A sua classificação como um empregado horista, diarista, semanalista, quinzenalista ou mensalista pode repercutir no cálculo de algumas vantagens trabalhistas[19], mas deve ficar esclarecido que o empregado é horista pelo fato de o seu salário ser calculado na proporção das horas de trabalho, e não por recebê-lo ao final de cada uma dessas horas. Se o referido empregado receber o seu salário, apurado por hora de trabalho, ao final de cada mês, ainda assim será um empregado horista, o mesmo se dando quanto aos diaristas, semanalistas etc.

---

[19] *Vide* arts. 487 da CLT e 7º, §2º, da Lei 605/49.

Quando o empregado é horista, diarista ou semanalista, o salário que corresponderá às horas ou dias da semana deverá ser sempre acrescido da remuneração do dia de repouso semanal e dos feriados de observância obrigatória[20], desde que o empregado tenha sido assíduo e pontual na semana anterior[21]. Logo, o empregado recebe o equivalente a sete dias de salário, se é diarista e trabalhou, sem falta ou atraso, nos seis dias úteis da semana. Sendo de menos de seis dias o tempo ajustado de trabalho, computar-se-á esse tempo reduzido, dividindo-se o salário semanal, se for este o caso, pelo número de dias de labor, para assim se calcular a remuneração do dia de repouso semanal[22].

Quando o empregado é quinzenalista ou mensalista, no valor do seu salário já está incluída a remuneração do seu repouso semanal ou em feriados[23].

Voltando ao salário mínimo, cabe lembrar que este é previsto para o mês de trabalho, mas as leis que estabelecem o seu valor também referem, não raro, o salário mínimo horário e o salário mínimo por dia de trabalho[24]. Portanto, é lícito ao empregador ajustar uma jornada menor que a legal e pagar ao empregado o salário mínimo proporcional à carga horária contratada. Em outras palavras, o que autoriza o pagamento de salário menor que o mínimo mensal é o ajuste de jornada reduzida[25], não havendo necessidade de contrato escrito pertinente ao salário, como por vezes se sustenta.

Em nosso entendimento, a única categoria que, recebendo por unidade de tempo, não deve ter salário mínimo menor que o mensal é a dos domésticos, pois, se a ordem jurídica diz ser incompatível a fixação de jornada com a modalidade de trabalho destes, negando-lhes o direito a horas extras, também não pode consentir seja reduzido o seu salário na proporção de sua jornada. E, salvo na hipótese de o empregador pretender assegurar proteção maior que a estritamente jurídica, o salário mínimo do doméstico não é fixado na proporção dos dias de trabalho, porque se o trabalho é descontínuo o trabalhador é diarista, sendo vedado, segundo a orientação prevalecente, o seu enquadramento na definição de empregado doméstico, assente na Lei 5859, de 1972.

9.2.1.3 O salário variável e o salário mínimo. Hipótese de jornada reduzida

O salário pode ainda ser ajustado por unidade de obra ou serviço. Trata-se de salário *fixo*, pois se fixa um valor ou um percentual para certa medida de obra ou serviço; e é também salário *variável*, porque oscila o seu valor no tempo. É o caso, *exempli gratia*, do empregado que recebe um valor previamente ajustado para cada peça que fabrique (peceiro) ou um percentual qualquer sobre o resultado das vendas que porventura realize (comissionista). Os exemplos seriam vários, existindo, inclusive, a possibilidade de a comissão ser fixada em valor nominal (uma certa quantia por cada peça vendida), e não na forma percentual.

---

[20] *Vide* Lei 9093/95.
[21] Art. 6º da Lei 605/49.
[22] Art. 6º, §3º, da Lei 605/49.
[23] Art. 7º, §2º, da Lei 605/49.
[24] *Vide*, por exemplo, o art. 1º, §1º, da Lei 9032/95.
[25] Neste sentido, Valentin Carrion (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo : Saraiva, 2001. p. 126), que faz remissão a acórdão da 4ª Turma do TST (TST, RR 467236/98.9, Rel. Min. Galba Magalhães Velloso).

Regra geral, o salário por unidade de obra é individual, sendo apurado segundo o desempenho de seu credor, exclusivamente. Mas é possível que o salário por obra seja calculado com base na produção de uma equipe de trabalhadores, a isso se denominando *salário coletivo.* Martins Catharino[26] afirma que "o salário coletivo por unidade de obra é mais ou menos freqüente nos trabalhos de estiva, de capatazia nos portos, de construções e em certas atividades agrícolas, como roçagens, derrubadas, plantações". O autor lembra, ainda, que "a forma da retribuição, dependendo do contrato, não tem força para transfigurá-lo". Haverá, enfim e nessa hipótese de salário coletivo, um contrato de emprego em relação a cada membro da equipe, desde que presentes, por igual, a subordinação, a pessoalidade e a não eventualidade.

Quando o salário, individual ou coletivo, é fixado por unidade de obra, o empregador estimula a produção e pode relaxar a fiscalização dos serviços, pois os seus empregados estão imbuídos do desejo de produzir mais, para auferir maior ganho. No entanto, o salário por unidade de obra também promove o acirramento da competição no setor de trabalho e o excesso de fadiga, tudo a suscetibilizar a harmonia no ambiente empresarial. Para relativizar tais efeitos, alguns empregadores adotam um salário misto, como o *salário por tarefa,* que, em uma de suas possíveis modalidades, significa a estipulação de um salário correspondente a uma certa produção diária, estando desonerado o trabalhador de continuar cumprindo jornada quando alcança essa meta, a cada dia. Se continuar laborando após cumprir tal meta e assim a superar, premia-se, em regra, o empregado.

A norma estatal previne, porém, dois possíveis conflitos, que têm a ver com a proteção relativa ao salário mínimo em favor do empregado que recebe por produção (a) e, também, em favor desse mesmo tipo de empregado, quando o seu empregador institui o salário por unidade de obra e pretende, ao mesmo tempo, correlacionar o salário mínimo com o tempo de trabalho (b).

O artigo 7º, inciso VII, da Constituição prevê a "garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável". Duas décadas antes de ser editada a atual Carta Política já estavam o artigo 78 e seu parágrafo único, da CLT, a prescrever que o empregador deveria completar o valor do salário mínimo, sem direito a compensar referido complemento em mês posterior, sempre que pagasse salário variável ou misto e esse salário não alcançasse o valor do mínimo legal diário, em cada dia de trabalho.

A regra, claramente protetiva, deixava à margem, porém, o empregado que, por motivos estranhos à sua vontade, não laborava em todos os dias úteis da semana, a exemplo do que sucedia nos dias em que a chuva ou o clima desfavorável inviabilizava a prestação de trabalho. Além de a norma transferir, em tais circunstâncias e embora sem o propósito, o risco da atividade econômica para o empregado, permitia ao empregador variar, à sua conveniência, os dias de trabalho, com a correspondente variação de salário, numa atmosfera virtualmente inóspita à subsistência do trabalhador.

---

[26] CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário.* p. 158.

A nosso pensamento, o artigo 1º da Lei 8716/93[27] resolveu o problema, ao garantir não mais o salário mínimo diário, mas agora o salário mínimo mensal, aos empregados que recebem comissão ou são remunerados por peça, tarefa ou outras modalidades de salário variável. Logo, o empregador que ajustar salário variável assume o ônus de pagar o mínimo *mensal*, não podendo, em prejuízo deste, variar o salário na proporção do tempo de trabalho.

9.2.2 Salário-utilidade

A menção à origem etimológica da palavra *salário* – que é alusiva ao sal, como forma de remunerar o serviço de domésticos e legionários romanos – revela um modo primitivo de se remunerar o trabalho mediante o fornecimento de coisa diferente de dinheiro. Ainda hoje, o salário pode ser pago, ao menos em parte, através de prestações *in natura*. É o salário-utilidade.

9.2.2.1 Limites percentuais do salário-utilidade

No que diz respeito ao empregado que recebe salário mínimo, a Consolidação das Leis do Trabalho referia-se a cinco utilidades que podiam integrá-lo: alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. Mas o artigo 76 da CLT, que assim previa e fazia alusão a essas necessidades básicas do trabalhador, foi parcialmente revogado pelo artigo 7º, IV, da Constituição, que prestigiou o salário mínimo familiar e acrescentou às necessidades vitais, a serem providas pelo salário mínimo, a educação, a saúde, o lazer e a previdência social. Já dissemos da eficácia limitada desse dispositivo constitucional.

Com base no artigo 81, §1º, da mesma CLT, o Ministério do Trabalho sempre regulamentou o limite percentual que cabia a cada uma das utilidades, na composição do salário mínimo. O artigo 82, parágrafo único, estabelece que "o salário mínimo pago em dinheiro não será inferior a 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região". O citado preceito da CLT continua em vigor, mas a referência, agora, deve ser ao salário mínimo nacionalmente unificado, dada a expressão do texto constitucional.

Para o empregado que recebe apenas o salário mínimo, desagrada-lhe recebê-lo em utilidades. Ele se opõe à caracterização do salário *in natura*, postulando que todo o seu estipêndio seja pago em dinheiro. Por sua vez, o empregado que recebe mais que o salário mínimo tem interesse diverso, pois lhe agrada a idéia de somar ao salário em dinheiro o pagamento em utilidades, com efeito na quantificação de verbas (férias, 13º salário, remuneração dos dias de repouso, aviso prévio etc.) que têm o salário como base de cálculo.

Importa notar, ainda quanto ao empregado que percebe salário maior que o mínimo legal, três aspectos do salário-utilidade por ele, virtualmente, recebido. O primeiro aspecto é pertinente à adoção, em favor de tal empregado, do percentual mínimo (30%) a ser pago em dinheiro. A doutrina e a jurisprudência[28] são, muita vez, favoráveis a que lhe seja estendido o limite fixado para os empregados que vencem apenas o mínimo, inclusive

---

[27] O citado dispositivo reza o seguinte: "Aos trabalhadores que perceberem remuneração variável, fixada por comissão, peça, tarefa ou outras modalidades, será garantido um salário mensal nunca inferior ao salário mínimo".

[28] *Vide* orientação jurisprudencial n. 18 da SDC do TST.

porque é clara a intenção do legislador brasileiro de vedar o *truck system*[29] ou a limitação, por qualquer meio, de o empregado dispor, livremente, de seu salário.

Com esse propósito, o artigo 462, §§ 2º a 4º, da CLT, protege o empregado sem acesso a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, impedindo sejam eles coagidos ou induzidos a destes se servir. Seria importante, ainda, observar que a Convenção n. 95 da OIT foi ratificada pelo Brasil e, como lembra Amauri Mascaro Nascimento[30], ela proíbe o pagamento integral do salário em utilidades. Logo, a aplicação sistêmica da ordem trabalhista implica, ao que intuímos, a extensão do limite mínimo, de 30% em dinheiro, também aos empregados que recebem salário maior que o mínimo legal.

Um segundo aspecto relevante do salário-utilidade, percebido pelo empregado com salário maior que o mínimo, é concernente à possibilidade de qualquer prestação *in natura* (não somente aquelas nove referidas no artigo 7º, IV, da Constituição, alusivas ao salário mínimo) poder configurar-se uma prestação salarial. O artigo 458 da CLT apenas exemplifica algumas utilidades (alimentação, habitação, vestuário), mas permite que a elas se somem, como hoje se usa fazer, a conta telefônica do empregado, a sua despesa com transporte ou com o combustível de seu veículo, equipamentos de telefonia e informática etc.

O terceiro aspecto é relativo ao valor da utilidade, a ser computado na composição do salário. Está dito que o Ministério do Trabalho fixa limites percentuais para cada uma das utilidades que podem integrar o salário mínimo, cabendo perquirir se igual limitação existe para o salário maior que o mínimo legal. Tentando dirimir os conflitos dessa ordem, a Súmula 258 do TST recomenda: "Os percentuais fixados em lei relativos ao salário *in natura* apenas se referem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se, nas demais, o real valor da utilidade". Apesar da dicção do artigo 458, §1º, da CLT[31], a orientação jurisprudencial é claramente no sentido de se consultar o "real valor da utilidade" na apuração do complexo salarial.

É importante observar, porém, que a Súmula 258 do TST foi editado em 1986. Depois disso, a Lei 8860, de 1994, acrescentou ao artigo 458 da CLT um terceiro parágrafo, que limita o valor da utilidade que toca à habitação ou à alimentação. *Verbis:*

> Art. 458, §3º, da CLT: "A habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% (vinte e cinco por cento) e 20% (vinte por cento) do salário contratual".

Quanto ao trabalhador rural, restaura-se o salário mínimo como base de cálculo do salário-utilidade e os percentuais se invertem, limitando o artigo 9º, a e b, da Lei 5889,

---

[29] Evaristo de Moraes Filho, prefaciando o livro de seu pai (*Apontamentos de direito operário*. p. LXV), esclarece que o *truck-system* era o regime de colonato, em que homens livres e pobres pagavam o direito de usar um pequeno trato de terra com trabalho gratuito para o senhor de engenho ou com a entrega de parte de sua produção.

[30] *Op. cit.* p. 195.

[31] Art. 458, §1º, da CLT: "Os valores atribuídos às prestações *in natura* deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário mínimo (arts. 81 e 82)"

de 1973, a 20% do salário mínimo a habitação e a 25%, a alimentação. Não há, afora isso, a possibilidade de o empregado rural receber outras prestações *in natura*, além destas.

9.2.2.2 Configuração do salário-utilidade

A caracterização como *salário* de uma coisa ou serviço fornecidos ao empregado, pelo empregador, é tarefa, às vezes, difícil. Ainda mais porque os sujeitos da relação de emprego estão quase sempre em defesa de interesses opostos. Quando é para compor o salário mínimo, interessa ao empregador sustentar que a habitação, a alimentação ou qualquer das outras utilidades, autorizadas pela Constituição, têm natureza de salário. Mas se o empregado recebe salário maior, interessa a ele, e não ao empregador, a configuração da utilidade como prestação salarial e sua conseqüente repercussão no cálculo de outras verbas.

Para ser *salário*, é certo que a utilidade deve significar um ônus para o empregador, não o sendo, portanto, se é o próprio empregado quem a custeia. Essa *onerosidade* deve ser percebida em um sentido, porém, ainda mais largo. É que o contrato de emprego é oneroso, da classe dos comutativos, exatamente porque as prestações são recíprocas e, a princípio, se equivalem. Logo, à prestação de trabalho deve corresponder a contraprestação salarial.

Nesse sentido, quando se defende que a prestação *in natura* somente tem natureza de salário se onerosa, o que se está a advogar, em última análise, é a *finalidade* da prestação *in natura* como o critério válido para a verificação de sua índole salarial. É o mesmo que afirmar: para ser salário, a utilidade deve ser fornecida com o objetivo de remunerar o esforço pessoal do empregado, a disponibilidade de sua energia laboral. Se a coisa ou serviço apenas viabiliza a prestação de trabalho, não se reveste ela da característica de salário. Exemplo disso é o que sucede com o veículo fornecido ao empregado-vendedor para que ele possa realizar vendas, ou a habitação e a alimentação garantidas ao trabalhador que presta serviço em local de difícil acesso, onde pernoita. Não há salário em tais circunstâncias, pois é evidente o caráter instrumental desses bens, entregues ao empregado *para* que ele possa exercer a função pela qual é ele, de outro modo, remunerado. Salário haveria se os bens não fossem necessários à realização do trabalho, sendo oferecidos em troca da prestação laboral, como uma forma de o empregador retribuir ao empregado *pela* força de trabalho que ele lhe disponibilizou[32].

O fundamento legal para a consagração desse critério finalístico ou teleológico está assentado no artigo 458, §2º, I, da CLT, que nega a caracterização como salário de "vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação de serviço".

Ademais, o *caput* e os outros incisos do parágrafo segundo do artigo 458 da CLT autorizam a indicação de outros parâmetros, úteis à constatação de que uma utilidade tem, ou não, a natureza de salário. No *caput* está prescrito:

> "Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura*

[32] *Vide* Súmula 367, I, do TST: "A habitação, a energia elétrica e veículo fornecidos pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis para a realização do trabalho, não têm natureza salarial, ainda que, no caso de veículo, seja ele utilizado pelo empregado também em atividades particulares".

> que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas".

Seguindo a trilha oferecida pelo texto legal, diz-se que a *habitualidade* da prestação *in natura* é indispensável à configuração do salário-utilidade. Poder-se-ia sustentar que o empregador deveria estar consciente de o contrato ou o costume o obrigarem a prover o empregado de tal ou qual utilidade. Mas, ao revés, não há dúvida de que a habitualidade, em direito do trabalho, induz ajuste tácito. E como o costume também pressupõe uma prática habitual, o dispositivo sob análise pode ser interpretado com o significado de ser exigível apenas a *habitualidade* da prestação *in natura*, além da *finalidade retributiva* que é posta em relevo pelo artigo 458, §2º, I, da CLT.

O mesmo *caput* do artigo 458 da CLT exclui a natureza salarial de drogas nocivas, ainda que lhes assista a finalidade retributiva. Em razão disso, a jurisprudência tem proscrito a inclusão do cigarro no salário [33].

Por derradeiro, os incisos II a VI, acrescidos ao parágrafo segundo do artigo 458 da CLT, refletem a tendência de se recusar a natureza de salário às medidas implementadas pelo empregador como forma de compensar a insuficiência dos serviços públicos. O Estado social é uma conquista teórica, em países que não figuram, como o nosso, no centro da economia global. Quando exigentes de intervenção estatal, os direitos sociais são oferecidos precariamente, abrindo espaço, inclusive, à atuação concorrente da empresa privada.

Admitindo a própria inapetência, o Estado brasileiro acrescentou, ao mencionado preceito da CLT, a natureza não salarial de utilidades que, a bem ver, poderiam ter finalidade retributiva e ser habituais. Referimo-nos ao fornecimento, pelo empregador, de "educação, em estabelecimento próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático"; "transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público"; "assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde"; "seguros de vida e de acidentes pessoais"; "previdência privada". Em conformidade com os incisos II a VI do artigo 458, §2º, da CLT, essas utilidades estarão sempre desprovidas de natureza salarial.

Numa suma do que foi, até aqui, articulado, poderíamos afirmar que o salário-utilidade tem quatro características: a) a finalidade retributiva; b) a habitualidade; c) a não nocividade à saúde do trabalhador; d) a não configuração como medida substitutiva de serviço próprio ou impróprio do Estado.

Ressalva-se o empregado rural, uma vez que o artigo 9º, §1º, da Lei 5889, de 1973, exige seja *previamente autorizado* o desconto salarial que servir para atender à alimentação ou à habitação, únicas utilidades que podem integrar o seu salário. A norma está a enfatizar a necessidade de a inclusão dessas prestações *in natura* no salário ser contratada expressamente. A simples habitualidade não acarreta a conversão em salário, pois então não haveria o ajuste *prévio*, imposto pelo mencionado dispositivo legal.

---

[33] *Vide* Súmula 367, II, do TST: "O cigarro não se considera salário utilidade em face de sua nocividade à saúde"

9.2.2.3 Conversão em dinheiro. Salário-utilidade na suspensão contratual

O empregador não pode, unilateralmente, converter o salário-utilidade em dinheiro, salvo se essa alteração for benéfica ao empregado. É sempre subjetiva a constatação desse caráter benéfico, mas estaria ele presente, a princípio, numa hipótese em que o empregador promovesse tal conversão segundo o real valor da utilidade, sem se restringir à limitação percentual[34] acaso prevista em lei. O estudo do tema *alteração contratual* deverá resultar, enfim, na percepção de que mesmo a alteração bilateral é inválida, se for prejudicial ao empregado[35].

É relevante, contudo, investigar como poderia ocorrer o pagamento do salário-utilidade em períodos de interrupção ou suspensão contratual, ou seja, nas hipóteses, previstas em lei, em que o contrato é preservado, mas o trabalhador está desobrigado de prestar serviço. Se o caso é de *interrupção contratual*, o empregador continua devendo o salário e, por isso, a eventual impossibilidade de o empregado permanecer fruindo a utilidade – que integra o salário – implicará a sua conversão em dinheiro.

Quando há, propriamente, *suspensão contratual* (não apenas *interrupção*), empregado e empregador se desoneram de prestar trabalho e salário, respectivamente. É a situação em que se encontra, por exemplo, o contrato do empregado que padece de enfermidade, após o décimo quinto dia de afastamento. Sobre se manter, ou não, a obrigação de pagar o salário-utilidade, interessa não somente responder a essa questão, mas também indicar, se afirmativa a resposta, a quem cabe o pagamento. Após afirmar a inexistência de lei que regule a matéria e a escassez de uma solução doutrinária, Amauri Mascaro Nascimento[36] revela a sua perplexidade ante o tema:

> O problema não pode ser resolvido de modo genérico, mas, sim, diante do tipo de utilidade, uma vez que algumas podem ser retiradas do empregado quando o contrato de trabalho está suspenso, como automóvel, e outras não, como a moradia. Impõe-se, também, verificar se a suspensão do contrato decorre de motivos atribuídos ao empregador, caso em que a este compete suportar todos os riscos, ou ao trabalhador, hipótese na qual não pode ser igual a solução.

Ao que entendemos, o salário-utilidade é, para todos os efeitos, salário. Se o empregador cumpre as suas obrigações trabalhistas e as prestações fiscais que lhes são correlatas, integra ele à base de cálculo da contribuição previdenciária o salário-utilidade que paga ao seu empregado, pois assim exige o artigo 28, I, da Lei 8212, de 1991. Em meio ao período de suspensão contratual que ocorrer com ônus para a Previdência, poderá o empregador suspender, portanto, o fornecimento da utilidade salarial, porque o benefício previdenciário (auxílio-doença) será calculado e pago com base no salário-de-contribuição, estando neste incluída a prestação *in natura*. Se o empregador agir em detrimento da lei, cabe ao empregado pleitear perdas e danos, visto ser flagrante o prejuízo que a inadimplência patronal lhe terá infligido.

Os casos que merecerão tratamento singular, com base em exame tópico, serão aqueles em que não há a obrigação de o empregador ou a Previdência pagar salário ou

---

[34] Vimos que a integração das prestações *in natura* ao salário mínimo e da habitação e alimentação a qualquer salário deve respeitar um limite percentual.
[35] *Vide* art. 468 da CLT.
[36] *Op. cit.* p. 207.

benefício, em meio à suspensão contratual. Deles são exemplos a greve e a prestação de serviço militar ordinário, como se poderá estudar a seu tempo.

9.2.3 Modalidades de salário

Distinguimos, nos dois últimos tópicos deste trabalho, o salário por unidade de tempo do salário por unidade de obra e do salário misto. Em rigor, estamos a tratar de formas de fixação ou cálculo do salário.

Pudemos notar, ainda, que o salário pode ser pago em dinheiro ou em utilidade.

Também já foi possível perceber que as verbas que são pagas pelo empregador, mas têm vocação remuneratória, inclusive os adicionais (que para os teóricos da tripartição, revestir-se-iam de natureza indenizatória), podem ser atraídas pelo núcleo salarial, quando a sua origem contratual ou contraprestacional se desenhar com nitidez, normalmente através da habitualidade.

Quanto às modalidades de salário, importa observar, enfim, que há parcelas salariais que o empregador não intitula *salário*, mas ainda assim o são, por acepção legal. Referimo-nos ao artigo 457, §1º, da CLT, que estatui: "Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as *comissões*, *percentagens*, *gratificações ajustadas*, *diárias para viagens* e *abonos* pagos pelo empregador".

9.2.3.1 Comissão e percentagem

A *comissão* é uma forma de salário variável, como fora dito ao exame do salário mínimo. Com extremo poder de síntese, Catharino[37] afirmou que *"comissão é tipo de participação, sem interferência do lucro"*. O importante é notar que não é da essência da comissão o seu cálculo com base no valor da transação (ou da mercadoria negociada pelo vendedor, por exemplo), pois a comissão não precisa ser fixada, necessariamente, na forma percentual. Uma quantia predeterminada, que o empregado receba por cada coisa transacionada, é comissão de igual forma.

Defende Marly Cardone[38], por isso, que "a percentagem é modalidade de comissão". Recebem-na os vendedores, normalmente. Mas, no jargão de alguns outros profissionais, a percentagem que percebem também é denominada *comissão*, o que em nada interfere, dada a coincidência do tratamento legal.

Ademais, a comissão pode ser *direta* ou *indireta*. Será do primeiro tipo quando resultar da transação realizada pelo empregado, pessoalmente. Conforme Catharino[39], a comissão indireta "tem origem em transação (ou transações) para a qual o empregado concorreu mediata ou remotamente, dependendo de estipulação expressa, pois não guarda correlação com o serviço prestado". O autor cita, como exemplo dessa última espécie de comissão, aquela a que fazem jus os chefes de venda por transações realizadas através de seus subordinados.

Porém, se a quantia, ajustada em valor nominal ou percentual, não for exigível em razão de negócio levado a efeito, direta ou indiretamente, pelo empregado, mas, em vez disso, tornar-se devida com base em outro parâmetro de avaliação de seu desempenho

---

[37] CATHARINO, José Martins. *Compêndio universitário de direito do trabalho.* p. 486.
[38] CARDONE, Marly A. *Viajantes e pracistas no direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 1990. p. 57.
[39] *Op. cit.* p. 487.

(nível de atividade mercantil em sua área de atuação, obtenção de meta, assiduidade etc.), decerto que não se cuidará mais de *comissão*, mas sim de *prêmio*, como veremos a seu tempo.

Voltaremos a cuidar de comissão ao tratar, logo adiante, do salário-base e complementos salariais. Quanto às demais parcelas (gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos), que também são salário por acepção legal, sobressai o desejo de o legislador pôr cobro à dissimulação, ao salário disfarçado, cabendo a análise de cada qual.

9.2.3.2 Gratificações ajustadas

O termo *gratificação* denota uma liberalidade, um gesto espontâneo de agradecimento, às vezes de reconhecimento por uma obra benfazeja. Quem gratifica, não o faz porque se obrigou mediante contrato, e, se assim o fizer, não há gratificação. Bem se vê, a expressão *gratificação ajustada* revela uma antinomia em termos.

Pretendeu o legislador referir-se à gratificação que o empregador reitera, pagando-a com periodicidade regular ou em situações que a fazem previsível. Presume-se que essa gratificação habitual perdera a sua natureza de gratificação, integrando-se ao salário. Seria uma falsa gratificação, um salário escamoteado.

O Supremo Tribunal Federal sumulou que a característica da *habitualidade* converte a gratificação em salário ou, para usar a expressão legal, em gratificação ajustada[40]. Por seu turno, o Tribunal Superior do Trabalho enunciou que "o fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter da liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito"[41]. Isso faz refletir sobre a possibilidade de uma gratificação se converter em salário por ser habitual, mesmo quando o empregador não pretendia, desde o início, dissimular, por essa via, o pagamento de verba salarial. Tal conversão é possível, menos em razão da tentativa de disfarçar o pagamento de salário (que poderia, nessa hipótese, inexistir) que em virtude da necessidade de se garantir a estabilidade econômica do empregado, como se pode extrair da lição de Amauri Mascaro Nascimento[42]:

> Por influência dos usos e costumes, as gratificações tornaram-se uma tradição. Os empregadores repetiram o ato espontâneo que passou, assim, a entrar nos quadros normais da relação de emprego. Essa reiteração criou, para o empregado, uma expectativa de contar com o valor correspondente nos seus ingressos econômicos. Desse modo, a gratificação, gradativamente, transformou-se. O empregado passou a exigi-la, sempre que habitual. Sensível ao aspecto econômico, a legislação trabalhista passou a considerar o que era antes uma liberalidade, uma verdadeira obrigação do empregador. Assim, as gratificações constituem uma modalidade de salário.

Algumas gratificações habituais ganharam, com o tempo, nova fonte jurídica, transcendendo, assim, o seu fundamento anterior, que era estritamente contratual. Nessa esteira, a gratificação semestral foi incorporada às convenções coletivas dos bancários em vários Estados, a gratificação por tempo de serviço também se inseriu em normas coletivas ou em regulamentos de empresa, a gratificação de função passou a gerar efeitos jurídicos

---

[40] Súmula 207 do STF: "As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário".
[41] Súmula 152 do TST.
[42] *Op. cit.* p. 246.

incompatíveis com uma prestação que se caracterizasse como uma real liberalidade (referimo-nos ao artigo 62, parágrafo único, e ao artigo 224, §2º, da CLT) e a gratificação natalina veio a ser exigida por lei e, mais recentemente, pela Constituição.

A) O décimo terceiro salário: a antiga gratificação natalina

Conforme previsto em lei[43], o valor do décimo terceiro salário corresponde à *remuneração* devida no mês de pagamento. No artigo 7º, VIII, da Carta Magna, o nome *gratificação natalina* fora corrigido para *décimo terceiro salário,* sendo lamentável que essa mesma nomenclatura não fosse mantida em outros dispositivos constitucionais[44]. É que a verba não tem mais o caráter de gratificação, desde quando se a impôs através de preceito legal.

E também não é, propriamente, natalina, pois a Lei 4749, de 12 de agosto de 1965, estatui que o empregado receberá uma sua primeira fração, que corresponderá à metade de seu *salário*, entre fevereiro e novembro de cada ano, salvo se o empregado optar, no mês de janeiro (que é reservado para essa opção), por receber essa primeira metade do décimo terceiro salário ao ensejo de suas férias. A segunda metade será paga até o dia vinte do mês de dezembro.

Além disso, o adjetivo *natalina* parece impróprio, de igual modo, porque a Lei 4090, de 13 de julho de 1962, desde antes já assegurava o direito de o empregado receber, quando da cessação de seu contrato, o *13º salário proporcional*, vale dizer, recebê-lo à razão de tantos duodécimos quantos sejam os meses ou período de trabalho superior a quatorze dias do ano correspondente.

Neste ponto, importa acentuar o que é, para nós, uma clara incoerência da ordem jurídica. A mesma Lei 4090, de 1962, teria negado o décimo terceiro salário proporcional aos empregados que cometem justa causa, ao prescrever que a parcela (o 13º salário proporcional) é devida na extinção dos contratos a termo, na cessação do contrato por aposentadoria e aos empregados dispensados sem justa causa. Com apoio nessa prescrição legal e na regra segundo a qual a culpa recíproca reduz à metade as indenizações trabalhistas, a jurisprudência consagrou entendimento que está hoje esboçado na Súmula 14 do TST, recomendando que se onere em 50% do 13º salário proporcional o empregador, quando ele e o empregado tiverem culpa pelo desfazimento do vínculo de emprego.

Essa decisão do legislador e dos tribunais é criticável, porque se trata de salário diferido, ou seja, de retribuição a que o empregado tem direito sem correlação direta com a prestação de trabalho, normalmente para pagamento em data futura. São desse tipo (salário diferido), igualmente, as outras gratificações ajustadas, com periodicidade diferente da do salário, e, a partir da Constituição de 1988, podemos incluir o FGTS em tal categoria salarial[45]. Se o empregado adquire o direito a receber um duodécimo do décimo terceiro salário a cada mês da prestação de trabalho, não há razão para se lhe subtrair o direito, que

---

[43] Lei 4090/62.

[44] *Vide* art. 201, §6º, da Constituição, que se refere à *gratificação natalina* dos pensionistas...

[45] A nosso entendimento, o art. 7º, III, da Constituição converteu o FGTS em salário diferido, pois o regulou como direito social do trabalhador urbano ou rural, sobrevindo a Lei 8036/90 para explicitar que mesmo quando o empregado comete justa causa não perde o direito ao saldo de sua conta-vinculada, malgrado não o possa sacar pelo só fato da cessação do vínculo.

teria adquirido, de perceber os duodécimos correspondentes aos meses trabalhados, pelo fato de ele incorrer em culpa quanto ao motivo que levou à dissolução do contrato.

Não custa recordar que o décimo terceiro salário é, a bem dizer, direito a termo prefixo, porque se origina da prestação de trabalho em cada mês do ano, embora a sua exigibilidade deva observar os termos iniciais previstos nas leis referidas. Consoante rezam o artigo 6º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 123 do Código Civil, o direito a termo prefixo é direito adquirido e "o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito". Logo, a dispensa por justa causa não poderia autorizar a supressão do décimo terceiro salário proporcional aos meses de trabalho. Menos ainda a culpa recíproca.

A impropriedade dessa norma legal, que recusa ao empregado dispensado por justa causa o direito ao décimo terceiro salário proporcional, resulta ainda mais evidenciada quando a citada justa causa é perpetrada após se tornar exigível e eventualmente se pagar a primeira metade do salário – devida entre fevereiro e novembro, quando o empregado não opta por recebê-la por ocasião de suas férias. Supondo que um empregado cometa a justa causa ao início de dezembro, perderá ele o direito, que antes havia adquirido e exercitado, de somar ao seu patrimônio a metade do seu salário, a título de décimo terceiro salário? É tempo de se corrigir essa erronia jurídica.

B) A gratificação de função. Reversão ao cargo efetivo. Incorporação da gratificação ao salário

Quando estudarmos, mais adiante, as regras pertinentes à alteração do contrato de trabalho, poderemos notar que a investidura em função de confiança, com ânimo definitivo ou mesmo transitório[46], é sempre precária. O retorno ou *reversão* ao cargo efetivo é permitido, sendo vedado apenas o *rebaixamento* de um cargo efetivo a outro (cargo efetivo) de menor grau hierárquico.

Mas a estabilidade funcional – que se nega nas hipóteses de função de confiança ou cargo comissionado – não se confunde com a estabilidade econômica. O empregado que exerceu função de confiança por mais de dez anos adquire o direito de ter a gratificação correspondente atraída pelo núcleo salarial, assim se posicionando o Tribunal Superior do Trabalho[47]. O empregado não perde a gratificação de função, malgrado seja eventualmente desinvestido da função de confiança.

C) A gratificação e o prêmio

A gratificação está associada, normalmente, a fatos externos e a critérios objetivos, tais como a atuação da empresa no mercado ou o acréscimo em dinheiro para prevenir necessidades sazonais ou extraordinárias de todos os trabalhadores. Por seu canto, o prêmio é atribuição econômica estreitamente vinculada ao esforço individual do

[46] *Vide* art. 468, parágrafo único, da CLT e Súmula 159 do TST.

[47] *Vide* Súmula 372 do TST: I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação".

empregado, enumerando Amauri Mascaro Nascimento[48] modalidades de prêmio com as causas correspondentes:

> a) prêmio produção, quando a causa do seu pagamento é uma determinada produção a ser atingida; b) prêmio assiduidade, tendo como causa a freqüência do empregado e como fim o estímulo à sua presença constante; c) prêmio de economia, pela economia de gastos que o empregado consegue; d) prêmio de antigüidade, pelo tempo de serviço que o empregado atingir na empresa.

É possível notar que o prêmio consiste, assim, em um complemento salarial ajustado sob alguma condição. A sua natureza de salário está, hoje, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, bastando ver o teor da Súmula n. 209 de sua jurisprudência: "O salário-produção, como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado e não pode ser suprimido, unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade".

9.2.3.3 Diária para viagem. A distinção entre diária e ajuda de custo

A *diária para viagem* corresponde à quantia que o empregado recebe, para fazer face a despesas de transporte, alimentação e hospedagem, por cada dia em que presta serviço em local diferente daquele em que reside.

Ocorre, porém e com freqüência, de o empregado receber a diária como uma forma de ser retribuído pelo trabalho no outro local, sem que se configure, em rigor, a característica de indenização. O seu valor supera as suas despesas e lhe é pago *a forfait*, ou seja, sem a exata correspondência com as despesas havidas para a prestação laboral em local distante[49]. Por isso e porque o empregador inescrupuloso estaria a pagar salário sob a rubrica de diária, o legislador decidiu estabelecer um critério matemático:

> "Não se incluem nas diárias as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinqüenta por cento) do salário percebido pelo empregado" (CLT, art. 457, §2º).

Num parêntese, cabe observar que a ajuda de custo é episódica, normalmente devida para custear a despesa conseqüente de transferência do empregado (artigo 470 da CLT) e, por isso, distingue-se da diária para viagem. Ademais, somente quanto à diária foi fixado o critério matemático. Uma releitura do artigo 457, §2º, da CLT poderá constatar que a ajuda de custo não terá natureza salarial, ainda que supere a metade do salário.

Quanto a ter natureza salarial a diária para viagem que, embora excedendo o limite percentual (50% do salário), servir, de fato, ao ressarcimento de despesas, os teóricos do direito do trabalho nem sempre se posicionam com firmeza, mas alguns parecem preferir a realidade ao significado legal, quando este e aquela contrastam. Sergio Pinto Martins[50] defende, por exemplo, que se o pagamento a título de diária "visa a ressarcir despesas, não será considerado salário, pouco importa se inferior ou superior a 50% do salário. Se o pagamento feito ao empregado não tem por objetivo o reembolso de despesa, poderá ser considerado como salário". O autor remata, sempre a questionar o rigor do critério legal:

---

[48] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria jurídica do salário.* p. 257.

[49] Em *Tratado jurídico do salário,* p. 567, Catharino sugere que se denomine essa outra manifestação da diária como *diária por viagem,* diferindo da *diária para viagem,* que teria caráter indenizatório.

[50] *Op. cit.* p. 223.

> O critério estabelecido em nossa lei pode ser relevado desde que se prove efetivamente que o pagamento feito ao empregado tem natureza de reembolso de despesas ou de indenização pela viagem.

Ao menos em atenção ao princípio da primazia da realidade e ao artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, que nega eficácia ao ato que objetiva fraudar ou desvirtuar a proteção trabalhista, decerto que o critério legal haverá de ser recusado sempre que a realidade estiver apta a mostrar que a diária recebida não servia ao reembolso de viagem, embora não superasse a metade do salário, ou ainda quando excedia esse limite, mas se destinava a ressarcir despesas. A nossa tradição legalista não pode atribuir à lei a capacidade de transformar os fatos, invadindo a sua esfera de causalidade.

Não obstante tudo isso, o critério matemático tem sido prestigiado pela jurisprudência trabalhista, pois a ele se ateve o Tribunal Superior do Trabalho nas ocasiões em que dirimiu conflitos pertinentes ao valor que deve ser integrado ao salário quando a diária excede o limite percentual (a divergência era relativa à conversão em salário de todo o valor ou somente do excedente à metade do salário) e ao parâmetro a ser considerado nessa verificação do valor da diária, com o objetivo de apurar se ela supera a metade do salário (discutia-se sobre se computar o salário diário ou o salário mensal).

Solucionando a primeira controvérsia, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que "integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinqüenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens"[51]. Quanto à última quizila jurídica, o mesmo Tribunal recomendou: "Tratando-se de empregado mensalista, a integração das diárias ao salário deve ser feita tomando-se por base o salário mensal por ele percebido, e não o salário-dia, somente sendo devida a referida integração quando o valor das diárias, no mês, for superior à metade do salário mensal"[52].

Logo, as diárias para viagem integram o salário, apenas para efeito indenizatório – não impedem a oscilação do salário, inocorrendo violação ao princípio da irredutibilidade no mês em que a diária não for devida –, sempre que a soma dos valores recebidos a esse título, em um dado mês, supera a metade do salário mensal. No caso, o total das diárias, e não somente as que excedem a metade do salário, incorpora-se ao núcleo salarial. É o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho.

9.2.3.4 Abono

Abono significa *sem ônus.* É o pagamento que o empregador realiza por liberalidade, com o intuito de não assumir encargos dele conseqüentes. Atribuindo-lhe tal significado, aproximamos o *abono* da *gratificação* (em sentido próprio, pois aqui não nos referimos à *gratificação ajustada*), dada a marca da espontaneidade que é atribuída aos dois institutos. Atento a esses traços de semelhança, Catharino[53] observou:

> Convém, porém, seja salientado que, via de regra, a natureza salarial dos abonos é mais fácil de ser constatada que a das gratificações. Estas, geralmente, são concedidas periodicamente, em épocas comerciais ou em virtude de datas festivas, em intervalos de tempo mais ou menos longos. Já quanto aos abonos,

---

[51] Súmula 101 do TST.
[52] Súmula 318 do TST.
[53] CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário.* p. 506.

> comumente a situação é bem distinta. São, geralmente, concedidos em relação direta com o salário propriamente dito, e pagos ao lado dele em datas próximas. Certo, porém, é que tanto o ato de *gratificar* como o de *abonar* dão idéia de espontaneidade unilateral, mas ambos, na omissão contratual, têm que ser examinados à luz dos fatos, para verificação da sua real significação jurídica".

Poder-se-ia, então, questionar: O que vem a ser a relação direta entre abono e salário, que falta à gratificação? Se o abono seria um pagamento sem ônus, inclusive sem os encargos decorrentes da sua configuração como verba salarial, por que o artigo 457, §1º, da CLT o estaria a tratar como salário? O que justifica a edição esporádica de leis, como a Lei 8178, de 1991, que prevêem o direito a abono sem caráter salarial, em situações extraordinárias? Que pagamento pode ser intitulado abono, afinal? As respostas a todas essas perguntas exigem um breve resgate da história do instituto, no Brasil.

Em meio à Segunda Guerra Mundial, industriais paulistas propuseram medidas emergenciais que fariam face à elevação do custo de vida, numa época em que os salários estavam defasados e a política de salário mínimo não bastava à correção de rumos, sendo incipiente a sindicalização e, por isso, inviável a solução do problema através da negociação coletiva. Foi editado, então, o Decreto-lei 3813, de 1941, que concedia vantagens à empresa que, por *livre iniciativa*, elevasse o poder aquisitivo de seus trabalhadores, através de abonos. As empresas atenderam ao estímulo oficial por meio da concessão de abonos que, pagos com esteio na citada norma, não se revestiam de natureza salarial.

Martins Catharino[54] narra esses fatos e condena a intervenção estatal que garante um aumento efetivo de salário em prejuízo da proteção jurídica e econômica que se deve assegurar às relações individuais, rematando desconhecer, na legislação de povos cultos, caso idêntico. O certo é que a medida teve caráter emergencial e, terminada a guerra, pululavam os litígios trabalhistas em que se discutia a necessidade de se manter, em favor do empregado, a estabilidade econômica relacionada com a manutenção dos valores pagos a título de abono, em outras lides se evidenciando a fraude, o uso abusivo da norma excepcional por empregadores de menor escrúpulo.

A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei 5452, de 1943, alterou a legislação vigente, mas ressalvou "as disposições legais transitórias ou de emergência". É evidente, no entanto, que, estando superadas a transitoriedade ou a situação emergencial que faziam vigorar essa legislação excetuada – pois não mais se vivenciam, hoje, o conflito armado e suas conseqüências imediatas na economia –, vige sobranceira a CLT e, por sua imposição, o caráter salarial do abono. Não há mais sentido em se discutir a ultra-atividade do Decreto-lei 3813, de 1941, como fez Catharino[55], em tempo oportuno.

É exato dizer, contudo, que a história do instituto ajuda a que compreendamos a sua prática nos dias de hoje e o distingamos, ao menos por lhe atribuirmos um conceito estritamente histórico, de outras verbas trabalhistas. Na última metade do século XX, o abono foi uma ferramenta utilizada para amenizar os efeitos de crises econômicas no poder aquisitivo do salário. Usaram-no os atores da relação trabalhista, seus sujeitos ou os correspondentes sindicatos, sempre que instados a acrescentar ao salário um valor que, pago em um momento singelo do contrato, servisse para obviar as adversidades da

---

[54] *Op. cit.* p. 507.
[55] *Op. cit.* p. 510.

conjuntura econômica e, muitas vezes, viabilizar o prosseguimento da negociação coletiva, que sem o afastamento desse seu componente imediato, a insatisfação salarial, resvalasse para um insuperável impasse.

Ocorreu, vezes sem conta, de o empregador anuir em conceder o abono em meio às discussões sobre reajuste de salário, travadas com o sindicato da categoria obreira. Contudo, para fugir a encargos fiscais, previdenciários e mesmo trabalhistas, alguns acordos e convenções coletivas passaram a ostentar cláusulas que intitulavam o abono como gratificação não ajustada. A prática, nesse sentido, é, todavia, uma simulação grosseira, abstraindo dois óbvios argumentos que a ela, inevitavelmente, se opõem: se a parcela é *ajustada* mediante acordo individual ou coletivo, ou ainda mediante convenção coletiva de trabalho, descabe, contraditoriamente, falar-se que há gratificação *não ajustada*[56]*;* ademais, resta defeso às partes se desonerar de obrigações fiscais sem que lei, norma de origem estatal, autorize, expressamente, essa isenção.

Quando a corrosão salarial atingiu o salário mínimo, aconteceu de o governo federal, responsável pela solução do problema ou mesmo pela política econômica que conduziu a esse estado de coisas, protagonizar medidas legislativas que acresceram ao salário mínimo, em caráter excepcional, um abono que não se revestiu de caráter salarial. Pôde ser assim uma vez que agora previsto, o mencionado abono, em lei de hierarquia igual à da Consolidação das Leis do Trabalho. Sucedeu desse modo, *verbi gratia*, com o abono instituído pela Lei 8178, de 1991, malgrado fosse ele convertido em salário por uma lei posterior, a Lei 8238, de 1991.

Importante é sedimentar, frente a tudo isso, que o abono está mencionado entre as parcelas salariais porque foi essa a reação do legislador à conduta empresarial de conceder abono continuado, com respaldo em norma emergencial – que excluía a natureza de salário do abono pago durante a sua vigência –, editada para abrandar os efeitos danosos da Segunda Grande Guerra. Desde então, o abono está associado a medidas contratuais, convencionais ou legais, que visem a atenuar as conseqüências deletérias de sucessivas crises econômicas sobre o poder aquisitivo do salário.

É possível, então, afirmar-se que o conceito do abono é, no âmbito trabalhista, essencialmente histórico. Essa correlação entre o abono e a urgência de se reagir à defasagem salarial define, hoje, o instituto sob comento. Não servindo a esse desiderato, há gratificação, não há abono. O abono não se revela, porém e portanto, um reajuste de salário, mas sim um pagamento isolado – ou instantâneo, como afirma Amauri Mascaro Nascimento[57] – que arrefece ou debela, momentaneamente, o desequilíbrio entre o salário e o preço das utilidades que ele deve prover.

---

[56] Neste sentido, CATHARINO, *op. cit.* p. 514. O autor defende, porém e em seguida: "Se, pelo contrário, o empregador, no curso do contrato de trabalho, por ato unilateral e sob a garantia expressa da lei, conceder um aumento de salário sob o título de abono, este ficará à margem da remuneração". A observação tem a ver, ao que percebemos, com o fato de o mestre baiano sustentar a sobrevigência do Decreto-lei 3813/41. Intuímos que, assim descontextualizada, a lição seria *de lege ferenda*, pois a norma atualmente em vigor diz da natureza salarial do abono sem abrir exceção. E, pela circunstância de o seu conceito histórico, já referido, associá-lo a medidas isoladas que compensam a perda de poder aquisitivo do salário, não se deve confundi-lo com a gratificação não ajustada, que é também um ato de liberalidade, mas com móvel diverso.

[57] *Op. cit.* p. 220. O autor sustenta, porém, que o abono pode ter configurações e causas múltiplas, também por isso se distinguindo das atualizações salariais. Ao definir abono, Amauri Mascaro Nascimento converge

9.2.4 O salário-base e os complementos salariais

Antes de estudarmos o círculo periférico da retribuição do trabalho, importante é enaltecer uma característica que somente o núcleo salarial apresenta. É que, neste, há sempre uma parte que lhe é essencial, *fixada* por unidade de tempo ou obra, o núcleo do núcleo. Referimo-nos ao salário-base ou salário básico, que é assim retratado em parecer de Arnaldo Süssekind[58]:

> Na aplicação da legislação brasileira do trabalho, cumpre distinguir o salário fixo, ajustado por unidade de tempo ou de obra (salário básico ou salário normal), das prestações que, por sua natureza jurídica, integram o complexo salarial, como complementos do salário básico. Quando o §1º do art. 457 da CLT determina que as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem (quando excedentes da metade do salário estipulado – §2º) e abonos pagos pelo empregador integram o salário do empregado, significa que tais prestações possuem natureza salarial, mas não compõem o salário básico fixado no contrato de trabalho.

A distinção entre salário e remuneração é útil, porque algumas verbas têm apenas o salário como base de cálculo, como veremos adiante. Há, porém, parcelas outras cuja base de cálculo é ainda mais restrita, atendo-se ao salário-base. Ocorre, desse modo, com gratificações ajustadas mediante normas coletivas, sempre que elas fixam o valor de tais gratificações numa proporção qualquer com o salário básico, não se podendo ampliar, em detrimento da vontade coletiva, esse parâmetro. O mesmo sucede, *verbi gratia,* no tocante à base de cálculo do adicional de periculosidade, assim se posicionando o Tribunal Superior do Trabalho[59].

Importa consultar, porém, as características dos *complementos salariais*, para que assim possam ser percebidas as regras comuns a eles e ao *salário-base,* identificando-se aquelas outras regras que tocam a apenas uma dessas categorias do salário. São comuns as seguintes características: a) o caráter alimentar; b) a irredutibilidade. Seguindo, em boa parte, a orientação de Amauri Mascaro Nascimento[60], enumeramos as seguintes características dos complementos salariais: a) a acessoriedade; b) a periodicidade específica; c) a plurinormatividade; d) a multicausalidade; e) a condicionalidade.

Do *caráter alimentar* e conseqüente *irredutibilidade* cuidaremos mais adiante, ao versar sobre os princípios jurídicos do salário.

9.2.4.1 A acessoriedade dos complementos salariais

Quanto à *acessoriedade,* convém inteligir que o empregado não pode receber somente abono, ou apenas diárias para viagem, adicionais ou gratificações habituais, por exemplo. Dadas a sua natureza e até por sua fórmula de cálculo, os complementos salariais devem sempre se somar a uma parte essencial do salário, o salário-base. Em tudo isso há

---

com a definição sugerida em nosso texto, ao afirmar: "Em nosso direito, abono é um adiantamento salarial, uma antecipação do pagamento de salários, eventual, não continuado, para atender a determinadas situações de perda do poder aquisitivo dos salários".

[58] SÜSSEKIND, Arnaldo. Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social, VII. Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão. Participação de Luiz Inácio Barbosa Carvalho. São Paulo: LTr, 1992. p. 137. O autor-parecerista faz remissão a Délio Maranhão, Catharino e Luiz José de Mesquita.

[59] *Vide* Súmula 191 do TST.

[60] *Op. cit.* p. 63.

salário, mas o salário-base o é primitivamente, independendo da existência de outras parcelas para atender à necessidade de retribuição da força de trabalho.

O salário-base não deve ser, necessariamente, fixado por unidade de tempo, mas é sempre salário *fixo* e a ele precisa associar-se, ao que entendemos, a garantia do salário mínimo. Explica-se. O salário-base pode ser *fixado* por unidade de tempo ou por unidade de obra, podendo ainda ser misto, ou seja, ter parte fixada em função do tempo de trabalho e o restante a variar por serviço realizado. Sendo fixado por unidade de obra, nada obsta que o salário-base seja integrado, somente, por um valor ou percentual fixo para cada peça fabricada (peceiro) ou em razão de cada mercadoria vendida (comissionista puro). Veremos, ao tratar dos princípios informantes do salário, que o valor ou percentual fixado não pode ser reduzido.

Importa notar, a essa altura, que a soma das quantias assim recebidas (salário inicialmente fixado por tempo ou obra) comporá o salário-base do empregado, a ela se acrescentando outras parcelas que, sendo porventura salariais em razão da habitualidade, servem a fins específicos e, em razão disso, não podem servir à integralização do salário mínimo.

Não é demasia recordar que a regra legal garante à mera contratação da força de trabalho, *sic et simpliciter*, a retribuição equivalente ao salário mínimo. Sendo ainda mais específico, podemos lembrar que os adicionais não se prestam, simplesmente, à remuneração da energia de trabalho disponibilizada. Eles remuneram ou indenizam a adversidade ou o risco; noutro canto, as diárias para viagem indenizam despesas necessárias à realização do trabalho em outras plagas, que não naquela da habitual prestação de serviço, e assim por diante. Em sua singeleza, a disponibilidade da força de trabalho é remunerada através do salário-base[61].

Logo, o salário-base não pode ser inferior ao mínimo legal, já tendo o Tribunal Superior do Trabalho[62] decidido nesse sentido:

> SALÁRIO-BASE – VALOR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL – ARTIGO 7º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – IMPOSSIBILIDADE. O salário-base dos trabalhadores deve corresponder, pelo menos, ao salário mínimo legal. O acréscimo de gratificações ao salário-base com valor inferior ao salário mínimo, não obstante ultrapasse esse valor, transgride o inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal. A única hipótese em que valores pecuniários podem ser adicionados ao salário para alcançar o salário mínimo diz respeito àqueles trabalhadores que recebem remuneração variável (CF, art. 7º, inc. VII). Revista conhecida, mas não provida".

Ao que vislumbramos, a exceção, que confirma essa regra, é o abono, pois este pode ser instituído, mediante lei, com a finalidade de suprir a defasagem do salário mínimo. Não estamos a fugir, portanto, à lógica do nosso raciocínio[63].

---

[61] Lembra Arnaldo Süssekind (*op. cit.* p. 138) o ensinamento da Organização Internacional do Trabalho (*in* Los salarios. OIT. Genebra, 1964. p. 53): "As prestações adicionais, às quais se pode dar o nome de salário indireto, podem ser definidas como suplementos dos salários ordinários [...], porém não correspondem a nenhum trabalho determinado".

[62] TST, 3ª Turma, RR 463697/98, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, d. 20/03/02, DJ 19/04/02

[63] Também não estamos a tratar da hipótese em que o credor da prestação de trabalho não admite a sua condição de empregador e remunera o trabalhador a outro qualquer título, que não *salário*. Em se verificando

É necessário, todavia, ressaltar que a jurisprudência recusa-se a endossar, ao menos com firmeza, tal entendimento. A decisão acima ementada traduz orientação aparentemente minoritária no Tribunal Superior do Trabalho, pois a que tem prevalecido é favorável à tese de que outras parcelas salariais podem compor o salário mínimo, preservando-se, ainda assim, a garantia constitucional (artigo 7º, IV, da Constituição)[64].

9.2.4.2 A periodicidade dos complementos salariais

Sobre a *periodicidade específica*, cabe antecipar que o pagamento de salário deve observar, com rigor, a periodicidade mensal, estatuída no artigo 459 da CLT. Mas esse mesmo dispositivo ressalva a possibilidade de comissões, percentagens e gratificações serem pagas com outra periodicidade.

Os complementos salariais comportam uma periodicidade diferente da mensal, se essa outra periodicidade lhes é inerente. Não há sentido em se exigir um *prêmio anual* a cada mês, se foi ele instituído para ser pago a cada ano. Bem assim a *gratificação semestral*. Também as comissões, em se tratando de vendedor externo, podem ser pagas, por força de expresso ajuste, a cada trimestre, pois assim autoriza o artigo 4º, parágrafo único, da Lei 3207, de 1957. Se, porém, o empregado realiza vendas no interior do estabelecimento empresarial, a periodicidade das comissões será a mensal, porque a ele não se reporta a Lei 3207, de 1957. *De lege ferenda*, entendemos que deveria ser sempre mensal a periodicidade das comissões, em se cuidando de comissionista puro[65].

É pertinente indagar se os adicionais habituais poderiam observar uma outra periodicidade, diferente da mensal, já que se configuram complementos salariais. A nossa resposta seria negativa. A interpretação do artigo 466 da CLT – que põe a salvo as comissões, percentagens e gratificações da periodicidade mensal – não deve ser extensiva, para que se a aplique a outras atribuições econômicas que, revestindo-se de natureza salarial, sejam calculadas à razão do mês de trabalho. O citado dispositivo de lei estabelece a periodicidade mensal como *regra* para o salário, não somente para o salário-base. Salvo nos casos em que a prestação salarial seja *instituída*, por norma estatal, coletiva ou mesmo

---

a existência de emprego, decerto que a correta denominação (salário) servirá, inclusive, para que se constate se o empregado venceu, embora mediante outra rubrica, ao menos o salário mínimo.

[64] Contra o nosso entendimento: "RECURSO DE EMBARGOS. SALÁRIO-BASE INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. INEXISTÊNCIA DE DIFERENÇAS SALARIAIS SE A REMUNERAÇÃO É IGUAL OU SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. Uma vez que a garantia insculpida no inciso IV do art. 7º da Constituição da República corresponde à vedação de a remuneração do empregado ser inferior aoalário mínimo, não se deve proceder ao desmembramento dessa remuneração para, levando-se em conta tão-somente o salário básico percebido, deferir complementação até alcançar o valor do mínimo legal, desprezando os demais títulos que a compõem, visto que o conjunto das verbas pagas em retribuição ao trabalho, que se adiciona ao salário-base, uma vez alcançando importância igual ou superior ao salário mínimo, já atende a exigência constitucional. Incólume o art. 76 da CLT, pois, nos termos do art. 457 da CLT, integram a remuneração as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. Recurso de Embargos não conhecido". Também nesse sentido: TST, SBDI I, ERR 367147/97, Rel. Min. João Oreste Dalazen, d. 18/02/02, DJ 08/03/02; TST, 5ª Turma, RR 263933/98, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, d. 18/12/01, DJ 05/04/02; TST, 4ª Turma, RR 535509/99, Rel. Min. Antônio José de Barros de Levenhagen, d. 29/05/02, DJ 28/06/02; TST, 3ª Turma, RR 477393/98, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, d. 22/05/02, DJ 21/06/02; TST, 1ª Turma, RR 454763, Rel. Min. João Oreste Dalazen, d. 20/02/02, DJ 05/04/02.

[65] Marly Cardone (*op. cit.* p. 85) observa que a legislação argentina prevê a periodicidade mensal das comissões, sem estabelecer exceção alguma.

contratual, para ser paga com outra periodicidade, os complementos salariais que não se insiram na ressalva do artigo 466 deverão ser pagos mensalmente. Assim se estará a cumprir, inclusive, o postulado *in dubio pro misero.*

9.2.4.3 A multicausalidade e a plurinormatividade dos complementos salariais

Também são características dos complementos salariais a *multicausalidade* e a *plurinormatividade.* Bem se sabe como é impreciso o conteúdo da relação de emprego, à dessemelhança do que sucede a outras relações jurídicas. Novas técnicas de produção agrícola e industrial e avanços da comunicação virtual têm tornado ainda mais complexa e diversificada a prestação de trabalho em todos os setores da economia, tudo a exigir dos sujeitos da relação laboral a revisão de conceitos e métodos de divisão do trabalho. É natural a correlação entre a incessante inovação das condições de trabalho e a criação de novas formas de remuneração, que se somam àquelas que já existem para corresponder ao labor em situações adversas e de risco, ao tempo de serviço, à gratidão do empregador etc.

São muitas as causas de remunerar, portanto. E desde os primórdios da intervenção estatal ou, antes ainda, desde que os sindicatos surgiram e obtiveram o compromisso, firmado por empresários, de respeito a convenções coletivas de trabalho, forjadas para a regulação do trabalho, em detrimento do monopólio estatal da produção normativa, o direito do trabalho tem oferecido mecanismos próprios para a solução de conflitos trabalhistas, em níveis variados de abstração e sempre com o escopo de atender a essa diversidade de causas, ou de adequar a norma mais abstrata a uma realidade singular e diferenciada.

O pluralismo jurídico é, destarte, uma nota marcante do direito laboral, pois a norma que disciplina a utilização alheia da força de trabalho se origina em organismos internacionais ou no Estado, na atuação do sindicato ou do poder regulamentar do empregador, podendo ainda nascer no contrato expresso ou tácito.

9.2.4.4 A condicionalidade dos complementos salariais

A *condicionalidade* é a mais uma característica dos complementos salariais. Diz-se que, a princípio, a manutenção de qualquer destes está condicionada à continuação, na ordem dos fatos, da causa que o gerou. Cessando a sua causa, indevido passa a ser o adicional. Em contrapartida, advoga-se que a estabilidade econômica do empregado não pode ser esquecida, bastando, por exemplo, a habitualidade de qualquer gratificação[66] ou adicional[67] para que seja atraída essa parcela pelo núcleo salarial, tornando-se, a partir daí, insusceptível de supressão.

Essa querela jurídica contrapõe, em verdade, interesses realmente antagônicos, com uma agravante: entendendo-se que é impossível a supressão de um adicional habitual, desestimula-se o empregador a envidar esforços no sentido de eliminar o desconforto ou o risco que está a ensejar o referido adicional. Por tal razão, a jurisprudência trabalhista já se mostrou dócil ao entendimento de que se integra ao salário o adicional de insalubridade

---

[66] *Vide* Súmula 78 do TST: "A gratificação periódica contratual integra o salário, pelo seu duodécimo, para todos os efeitos legais, inclusive o cálculo da natalina da Lei 4090/62".

[67] *Vide, v.g.*, a Súmula 139 do TST: "O adicional de insalubridade, pago em caráter permanente, integra a remuneração para cálculo de indenização".

(habitual) somente durante o período em que se der, de fato, a exposição a agentes nocivos à saúde[68], além de admitir a supressão do adicional noturno, pago com habitualidade, quando o empregado passa, por iniciativa do empregador, a laborar no turno do dia[69].

Movido por igual preocupação, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que o empregador não se obriga a pagar horas extras habituais indefinidamente, sendo-lhe facultado indenizar a redução salarial, conseqüente dessa cessação de sobrejornada, na forma da sua Súmula 291: "A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a 6 (seis) meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão".

Pode-se notar, portanto, que, quando confrontada com a atração dos adicionais pelo núcleo salarial e conseqüente perpetuação do labor em condições adversas ou de risco, é a *condicionalidade* dos complementos salariais que goza da atual preferência da mais alta Corte do Trabalho. Mas vale reparar que o não pagamento da indenização recomendada pela Súmula 291 do TST obriga o empregador a integrar ao salário as horas extras habituais, sendo total a prescrição qüinqüenal que, segundo a jurisprudência, flui a partir da supressão do labor em sobretempo[70].

9.2.5 Prestações trabalhistas sem natureza salarial ou remuneratória

A ocorrência de relação de emprego implica a remuneração pelo labor prestado. Contudo, essa prestação de trabalho assegura, também, o direito de o empregado receber parcelas que não integram o seu salário, malgrado se insiram no conteúdo do contrato de emprego. O trabalhador as recebe porque é empregado, mas a lei lhes retira a natureza salarial ou mesmo remuneratória.

Quando o empregador descumpre tais prestações, a Justiça do Trabalho pode ser acionada para obrigá-lo a adimpli-las ou a ressarcir o dano conseqüente, suportado pelo empregado. A competência desse ramo especializado do Poder Judiciário é mero corolário da inclusão dessas parcelas no rol das obrigações trabalhistas que, como visto, não se constituem salário.

Dada a sua relevância, tratemos de três dessas prestações sem natureza salarial: a participação nos lucros, resultados ou gestão, com ênfase para a experiência relativa ao Programa de Integração Social (PIS); o auxílio-alimentação vinculado ao Programa de Alimentação ao Trabalhador; o vale-transporte.

9.2.5.1 A participação nos lucros, resultados ou gestão da empresa

Houve tempo em que se sustentou ser a relação de emprego um vínculo societário, em que empregado e empregador agiam, qual sócios, visando ao êxito do

---

[68] *Vide* orientação jurisprudencial n. 102 da SDI 1 do TST. Enfatiza a Súmula 248 do TST, por outra via, que "a reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio de irredutibilidade salarial".

[69] *Vide* Súmula 265 do TST. O Enunciado 60 recomendava, sem qualquer ressalva, a integração do adicional noturno habitual ao salário.

[70] *Vide* orientação jurisprudencial n. 63 da SDI 1 do TST.

empreendimento. Também se disseminou a idéia de que a assimetria econômica e social entre os sujeitos do liame empregatício poderia ser menor se o empregador se deixasse contagiar pela ação empresarial, mais comum no continente europeu, que se rendia à conveniência de permitir que o empregado participasse mais ativamente dos desígnios da empresa, auferindo os lucros ou resultados daí conseqüentes.

Até ser editada a Constituição de 1988, defendia-se com ardor a natureza salarial, recomendando o antigo Enunciado 251 do Tribunal Superior do Trabalho (revogado em 1994): "A parcela participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais". As Cartas Políticas de 1946 e de 1967 referiam-se à participação nos lucros da empresa e esta última à participação do empregado na gestão empresarial, mas nada diziam sobre a natureza de tal parcela.

A matéria recebeu novo trato, contudo, na Constituição de 1988, pois em seu artigo 7º, XI, está garantida, entre os direitos sociais do trabalhador, a "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

O surgimento da *participação nos resultados* atende à conveniência de não restringir o direito às hipóteses de lucro contábil. O aposto *desvinculada da remuneração* foi, logo e por sua vez, compreendido como um embaraço à sobrevigência do referido Enunciado 251 do Tribunal Superior do Trabalho, porquanto, dali por diante, não se poderia inserir a parcela sob comento na remuneração do empregado.

Embora o mencionado dispositivo constitucional exigisse regulamentação em lei apenas da participação do empregado na gestão da empresa, o fato é que se editou a Lei 10.101, de 2000, para regular "a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade" (artigo 1º). A norma não está, diretamente, a impor uma participação qualquer do empregado em lucros ou resultados, pois somente prescreve os parâmetros a serem observados na instituição dessa vantagem, a ocorrer, segundo reza o seu artigo segundo, por iniciativa de uma "comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria" ou através de "convenção ou acordo coletivo".

Apesar de não estar revestida de caráter remuneratório, a participação nos lucros ou resultados é hipótese de incidência de imposto de renda (artigo 3º, §5º, da Lei 10.101/00), isso a denunciar como foi moderado o interesse de estimular a regulação da matéria, por norma coletiva.

9.2.5.2 O Programa de Integração Social (PIS)

Como a Constituição de 1967 preconizava a "integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, nos resultados [...]", criou-se o Programa de Integração Social, o PIS, mais adiante unido ao PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público. O atual Fundo de Participação PIS-PASEP é constituído sobretudo de recursos provenientes de contribuição imposta a empregadores e entes públicos, podendo o empregado, cadastrado há pelo menos

cinco anos em citado programa, receber um abono anual de valor nunca menor que o salário mínimo[71].

A complexidade do custeio e do funcionamento do PIS-PASEP não exclui a natureza trabalhista – porquanto conseqüente do contrato de emprego –, de resto atribuível à obrigação de cadastrar o empregado no mencionado programa e, bem assim, à de recolher a contribuição correspondente. Por isso mesmo, recomenda a Súmula 300 do Tribunal Superior do Trabalho: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações de empregados contra empregadores, relativas ao cadastramento no Plano de Integração Social (PIS)".

9.2.5.3 O Programa de Alimentação ao Trabalhador

Dissemos, a tempo oportuno, que a alimentação fornecida pelo empregador aos seus empregados reveste-se de natureza salarial, sempre que atender aos pressupostos do salário-utilidade, notadamente quando lhe puder ser atribuída a finalidade retributiva. Nesse sentido, orienta a Súmula 251 do Tribunal Superior do Trabalho: "O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais".

Malgrado tudo isso, a Lei 6321, de 1976, permitiu que as pessoas jurídicas pudessem deduzir, de seu lucro tributável, o dobro das despesas que realizassem em programas de alimentação ao trabalhador previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho. Em seu artigo terceiro, a citada lei exclui dessa despesa o caráter de salário de contribuição, impedindo, assim, que incidisse sobre referido custo empresarial a contribuição previdenciária.

Nessa esteira, passou a entender a jurisprudência que a alimentação assim fornecida – referimo-nos à alimentação fornecida pelo empregador que se inscreveu no PAT – não tem natureza salarial. É o que está sedimentado na orientação jurisprudencial n. 133 da SDI I do Tribunal Superior do Trabalho: "A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do Programa de Alimentação ao Trabalhador, instituído pela Lei 6321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum (*sic*) efeito legal".

9.2.5.4 O vale-transporte

O artigo 458, §2º, III, da CLT impede que se atribua natureza salarial ao "transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público". É óbvio que nos referimos ao transporte fornecido pelo empregador aos seus empregados.

A necessidade de transporte para o empregado vencer o percurso casa-trabalho dá ensejo a três distintas questões jurídicas: a primeira é relativa à não caracterização como salário, conforme vimos; a segunda é pertinente à inclusão do tempo na jornada de trabalho, assunto este a ser deslindado no capítulo seguinte deste livro; a terceira questão refere-se à obrigação imposta ao empregador, quando este não fornece veículo (próprio ou fretado)

[71] *Vide* Lei Complementar n. 7, de 1970; Lei Complementar n. 26, de 1975 e, regulamentando-a, o Decreto n. 78276, de 1976. Há outras leis regulando a matéria, nem sempre tratando de assuntos trabalhistas.

para o citado trajeto, de entregar vale-transporte, em quantidade correspondente, ao empregado.

Essa obrigação de fornecer o vale-transporte onera o trabalhador em até 6% de seu salário-base e está prevista na Lei 7418, de 1985, que exclui da vantagem a natureza salarial (artigos 4º, parágrafo único, e 2º, a, respectivamente). Regulamentando a mencionada lei, prescreve o Decreto n. 95.247, de 1987, em seu artigo 5º, que é vedado ao empregador substituir o vale-transporte por antecipação em dinheiro, salvo se houver insuficiência de estoque do multicitado vale-transporte.

Quando o empregador descumpre essa prestação, que é essencialmente trabalhista, cabe à Justiça do Trabalho condená-lo a ressarcir o empregado, tornando-o indene.

9.3 A remuneração

Está visto que o legislador teve a clara intenção de não permitir que a *gorjeta*, ou seja, a parte da remuneração paga por terceiro, compusesse o salário mínimo. Retirou-lhe, assim, a natureza salarial. A doutrina[72] e a jurisprudência[73] se mostram atentas a tal regra.

Por essa mesma razão, a habitualidade da gorjeta não a faz atraída pelo núcleo salarial.

Com pertinência, Rodrigues Pinto[74] anota, ainda, que não apenas a gorjeta, mas também a *gratificação* em sentido estrito, caracterizada pela liberalidade (não contratualidade, inclusive por lhe faltar a habitualidade) e por seu caráter eventual, integra a remuneração. Os teóricos do direito laboral que bipartem a retribuição do trabalho[75] incluem, também no círculo da remuneração, os adicionais eventuais.

---

[72] Segundo Amauri Mascaro Nascimento (*op. cit.* p. 255), assim se manifestam, além dele próprio, os laboralistas Orlando Gomes, Russomano, Roberto Barretto Prado, Amaro Barreto, Catharino e Délio Maranhão, entre outros.

[73] "Ação rescisória improcedente porque pretende rescindir decisão que não atribui às gorjetas compulsórias a feição salarial. Gorjeta não é contraprestação salarial mínima, e não compõe o calculo do salário mínimo, embora integre a remuneração do empregado. Artigos setenta e seis e quatrocentos e cinqüenta e sete da CLT interpretados. Matéria interpretativa não faz prosperar ação rescisória. Enunciado oitenta e três do TST. A decisão rescindenda aplicou de forma correta os dispositivos legais apontados como violados. Rescisória improcedente. Recurso ordinário a que se nega provimento" (TST, Turma DI , Relator Ministro Ministro Vantuil Abdala, Acórdão: 0004588, Decisão: 24-10-1995, Recurso Ordinário Em Ação Rescisória, Número do processo: 0090516, Ano: 93, DJ 07-12-95, p. 42876). Também: "Gorjeta - Obrigatoriedade de pagamento de salário. A gorjeta não constitui espécie de remuneração variável, já que não é paga pelo empregador. Logo, este não se exime do pagamento do salário, ainda que mínimo, a que tem direito todo trabalhador em decorrência do contrato laboral. Recurso a que se nega provimento" (TST, SBDI – I, Rel. Min. Leonaldo Silva. Fonte: SDI – 8 – JUL/97, p 62). Ou ainda: "Gorjetas - Salário mínimo legal - Obrigação de pagamento diretamente pelo empregador. O salário mínimo legal é a contraprestação mínima devida e paga ao empregado, diretamente pelo empregador, em virtude dos serviços que aquele presta a este. A gorjeta não é uma paga do empregador ao empregado, mas sim quantia oferecida ao trabalhador pelos beneficiários dos serviços. Exatamente por isto, ainda que o valor das gorjetas supere, a cada mês, o salário mínimo legal, o empregador não se isenta de pagar ao empregado o salário mínimo legal. Embargos conhecidos e providos" (TST, SBDI – I, Rel. Min. Vantuil Abdala. Fonte: SDI – 14 – JAN/98, p 32).

[74] *Op. cit.* p. 259.

[75] Não se inclui, entre os arautos da bipartição, o professor José Augusto Rodrigues Pinto.

9.3.1 A gorjeta imprópria

Questão vexatória foi, em dado momento, a caracterização como salário ou gorjeta do *adicional na conta*, cobrado pelo empregador ao cliente para posterior distribuição, a seu talante, entre os empregados. Referimo-nos ao acréscimo de 10% (normalmente), que bares e restaurantes somam ao preço de seus produtos, impedindo que o cliente empreste à gorjeta a sua marca característica, que é a espontaneidade. Ademais, a gorjeta espontânea é paga, pelo terceiro, diretamente ao empregado, enquanto o *adicional na conta* é cobrado pelo empregador e por este repassado, total ou parcialmente, ao trabalhador que lhe presta serviço.

Em 1951, ao tempo em que o legislador brasileiro não se havia imiscuído nessa discussão, Martins Catharino[76] observou que o *adicional na conta*, que preferia intitular *participação nas entradas*, era obrigatório, força de lei, na Alemanha, Itália, França, Argentina e Espanha, enquanto em outros países, como nos Estados Unidos, vinha a ser adotado pelas próprias empresas, como forma de impedir que os empregados recebessem gorjeta diretamente da clientela. Mas o festejado laboralista baiano rematava:

> Em ambas as hipóteses, a rigor, não há como se falar em gorjetas, e sim na sua abolição mediante um regime de percentagens. O adicional fixado na nota de despesa, e recolhido pela casa, é uma verdadeira participação nas entradas e como tal constitui salário, fora de qualquer dúvida.

Não obstante todas essas razões e a autoridade do argumento em favor do caráter salarial do *adicional na conta*, decerto que fora outra a opção do legislador. Em 1967[77], acrescentou ele ao artigo 457 da CLT um terceiro parágrafo, com claro sentido: "Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que fora cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados".

O adicional na conta é usualmente chamado *gorjeta imprópria*, não se distinguindo os seus efeitos jurídicos, quando cotejado com a gorjeta típica ou espontânea. É, por isso, inexato que possa a gorjeta imprópria, ante os termos da lei, compor o salário mínimo.

9.3.2 A oportunidade de ganho

Ao discorrer sobre a gorjeta, Sergio Pinto Martins[78] prestigia, com pertinência, o seu significado vulgar, intuitivo, não raro incorporado à linguagem jurídica. Observa, então, o autor:

> Gorjeta tem origem na palavra *gorja*, de garganta, no sentido de dar de beber, com significado equivalente a propina. Em outras línguas, são utilizadas as seguintes palavras: *Trinkgeld*, no alemão; *pourboire*, no francês; *mancia*, no italiano; e *tip*, no inglês. Seria uma forma de retribuição do cliente ao empregado que o serviu, mostrando o reconhecimento pelo serviço prestado, que foi bem servido. Geralmente, a gorjeta é oferecida aos garçons, ou aos trabalhadores de hotéis e restaurantes.

---

[76] *Op. cit.* p. 549.
[77] Através do Decreto-lei 229, de 28/02/67.
[78] *Op. cit.* p. 223.

O legislador tentou regular o fato de o empregado servir a terceiros e destes receber uma parte de sua remuneração. Ao fazê-lo, porém, usou o conceito comum de *gorjeta*, supondo exaurir a matéria ao delimitar os efeitos do seu pagamento. A questão que se põe é, porém, inevitável: há outras formas de remuneração do trabalho *por terceiros*, distintas da gorjeta? se há, estariam essas outras formas de remuneração, que não provêm do empregador, reguladas, analogicamente, pelo artigo 457 da CLT, que impede sejam elas computadas na composição do salário mínimo?

Nominando autores italianos que estaria a secundar, Amauri Mascaro Nascimento[79] refere a *oportunidade de ganho*, que é "a situação objetiva que se forma num vínculo de emprego, em decorrência da qual parte do salário vem de terceiro, como a gorjeta". O que se está a sustentar é que o ganho oportunizado pela prestação de serviço ao empregador integra a remuneração do empregado, ainda que a quantia assim recebida, não sendo paga pelo empregador, também não se enquadre, à perfeição, no conceito restrito de gorjeta.

Exemplo de *oportunidade de ganho*, vale dizer, de quantia auferida pelo empregado mediante pagamento por terceiro, mas em razão da prestação de emprego, é oferecido pelo mesmo autor. Amauri Mascaro Nascimento lembra o caso dos percentuais de uso das cadeiras em salões de barbeiro ou de cabeleireiro, enfatizando que citados percentuais – que em nossa experiência forense vimos ser disfarçada na forma de "aluguel de cadeira" – integra a remuneração porque "é decorrente da oportunidade de ganho que o empregador enseja ao trabalhador, para que obtenha parte da remuneração proveniente de terceiro".

Atualmente, não é incomum a percepção, por empregados vendedores, de parcela paga pelo fabricante da mercadoria vendida, e não pelo empregador. Às vezes intitulada “prêmio”, noutras sendo chamada de “comissão”, o fato é que essa parcela é paga por terceiro em razão do trabalho prestado ao empregador. Novamente uma oportunidade de ganho, propiciada pelo vínculo de emprego.

A nosso pensamento, a compreensão sistêmica do direito do trabalho permitirá, sempre e ademais, que se revele a onerosidade da prestação laboral através da *oportunidade de ganho*, o que bastaria para sinalizar a existência de vínculo empregatício. O sistema jurídico é, todavia, ainda mais fecundo: se a *ratio* da regra legal, que distingue salário de remuneração, gravita em torno da necessidade de não permitir que o empregador se exonere da obrigação de pagar salário mínimo através de parcela paga por terceiro, dessume-se que a *oportunidade de ganho* não poderá servir para desembaraçar o empregador desse ônus. Além da quantia paga por terceiro, o empregador estará a dever o salário mínimo, sempre e portanto.

Mostrando-se coerente, o ordenamento trabalhista contém, inclusive, uma norma que segue essa orientação. Referimo-nos ao artigo 12, parágrafo único, da Lei 5889, de 1973, que estatui normas reguladoras do trabalho rural. O dispositivo cuida da plantação intercalar ou subsidiária, que é muito comum nas propriedades rurais do Nordeste, quando o fazendeiro pretende formar novos pastos, mas, em vez de contratar apenas a semeadura do capim, ajusta-a com o rurícola e também permite que este, entre uma e outra linha ou

[79] *Op. cit.* p. 136.

cova de sementes, plante o feijão, o milho ou a hortaliça, que o próprio empregado poderá comerciar ou lhe auxiliará a subsistência. A norma está assim posta:

> "Embora devendo integrar o resultado anual a que tiver direito o empregado rural, a plantação subsidiária ou intercalar não poderá compor a parte correspondente ao salário mínimo na remuneração geral do empregado, durante o ano agrícola".

Sendo comercializado diretamente pelo empregado, o produto da plantação intercalar o é, regra geral, com terceiro, que não o empregador. Embora a legislação rural não esteja atenta à distinção legal[80] entre remuneração e salário, é certo que tratou a parte da remuneração do empregado, paga por terceiro, da mesma forma como o fizera o texto consolidado, ou seja, sem permitir que essa parcela seja considerada na composição do salário mínimo.

9.3.3 A remuneração, em especial a gorjeta, como base de cálculo de outras parcelas

Além de atribuir ao empregador a obrigação de pagar, *diretamente*, o salário mínimo, a distinção legal entre salário e remuneração teria uma segunda utilidade, qual seja, permitir que o legislador, ao definir a base de cálculo de outras verbas trabalhistas, explicitasse a inclusão, ou não, da gorjeta.

Bastaria, assim, que o legislador dissesse ser a *remuneração* a base de cálculo para que se incluísse, nesta, a gorjeta (também a gratificação não ajustada e, na ótica dos que bipartem a retribuição do trabalho, os adicionais eventuais). Quando o legislador previsse o *salário* como base de cálculo de uma verba qualquer, o valor desta estaria restrito ao das parcelas que compusessem o núcleo salarial (salário-base e complementos salariais).

É certo, porém, que o legislador ordinário e o constituinte não se ativeram ao rigor terminológico, não obstante estejamos a tratar de terminologia que é produto de inovação em lei. Um exemplo é elucidativo: o artigo 7º, incisos VI e IX, da Constituição e, antes (cronologicamente) dele, os artigos 59, §1º e 73, da CLT, prevêem que a remuneração da hora extraordinária e da hora noturna será superior, respectivamente, *à (remuneração) da hora normal* e *à (remuneração) da hora diurna.* Em se adotando a nomenclatura legal, concluiríamos que a *remuneração* da hora normal e da hora diurna seria computada no cálculo da hora extra e do adicional noturno, o que implicaria a inclusão da gorjeta nessa base de cálculo.

A experiência jurídica trilhou, entretanto, um caminho diferente. Faz tempo que Plá Rodriguez observou a impropriedade de se considerar a gorjeta no cálculo da hora extra ou noturna, pois isso importaria a obrigação de o cliente pagar a gorjeta com o adicional de 50% ou 20%, respectivamente. Como a gorjeta é, por natureza, um gesto espontâneo, que

---

[80] Catharino, em *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho* (*op. cit.* p. 441), afirma, embora a mencionar, a seu tempo, o Estatuto do Trabalhador da Terra, sucedido pela atual Lei 5889/73: "Podemos dizer que no Brasil existem três conceitos de remuneração ou salário: o trabalhista comum (da CLT), o trabalhista rural ou agrário (do ETR), e o previdencial (da LOPS, mais de natureza tributária: 'salário-de-contribuição', 'salário-base', 'salário-benefício')".

encerra uma liberalidade de terceiro, restaria inviável impor a este a observância de um adicional qualquer[81].

Nesse diapasão, mas superando essa expectativa, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado 354 da súmula de sua jurisprudência:

> As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Por exclusão, férias, 13º salário e FGTS devem ser calculados com base na remuneração (salário + gorjeta), calculando-se aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado[82] a partir do salário, sem as gorjetas.

No que tange ao critério proposto para o cálculo de aviso prévio e repouso semanal remunerado, podemos notar que o enunciado está em consonância com o artigo 487, §1º, da CLT, que refere o *salário* como base de cálculo da indenização de valor equivalente ao aviso prévio não concedido, mas contrasta, uma vez mais, com a base de cálculo prevista para a remuneração do repouso, pelo artigo 7º da Lei 605, de 1949. E se não era para levar em conta a terminologia legal, entendemos pertinente a crítica de Luiz Otávio Linhares Renault[83]:

> Quando o aviso prévio é cumprido pelo empregado, as condições de trabalho remanescem substancialmente inalteradas, pelo que ele continua recebendo as gorjetas. Contudo, o que não se pode esquecer é que o aviso prévio, trabalhado ou não, constitui tempo de serviço para todos os efeitos legais (v.g., art. 487, §1º, da CLT, Enunciados 5, 94 e 305). Logo, sobre o aviso prévio indenizado deveriam incidir as gorjetas: afinal, o décimo terceiro salário é uma ficção, assim como o tempo de serviço do pré-aviso indenizado também o é.

No que se refere à exclusão das repercussões das gorjetas no repouso semanal remunerado, a afinidade deste com as férias se revela ainda mais íntima. Ambos, repouso semanal remunerado e férias, constituem exemplos clássicos de interrupção executiva do contrato de trabalho. Os dois institutos enraízam-se no mesmo húmus: razões de ordem biológica, familiar e social. Ora, se o repouso semanal remunerado e as férias ostentam a mesma e idêntica musculatura, nada justifica o repouso anual ser impulsionado, gozado, usufruído com a média das gorjetas e o mesmo não suceder ao repouso semanal.

Uma questão interessante é aquela que concerne à possibilidade de se integrarem à remuneração, na quantificação de 13º salário e férias – verbas que têm a remuneração como base de cálculo –, as parcelas não salariais, como os adicionais esporadicamente recebidos, as gratificações eventuais (não ajustadas, portanto) ou mesmo as gorjetas recebidas episodicamente. Está visto que a jurisprudência trabalhista tem preferido bipartir a retribuição do trabalho, incluindo no círculo da remuneração os títulos a

---

[81] Neste sentido: "Não há como determinar essa integração no cálculo do adicional noturno, considerando que a gorjeta é paga pelo consumidor, não se alterando conforme o horário em que se desenvolve a jornada de trabalho" (TST, RR 2813/90.6, Rel. Min. Francisco Leocádio, Ac. 2ª T. 2666/90.1, 04/12/90, Revista LTr 55-10/1249).

[82] Não há por que distinguir a remuneração do repouso semanal da remuneração do repouso em feriados. Se a gorjeta não for considerada no cálculo daquele, também não o será no cálculo deste, por óbvio.

[83] RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Enunciado n. 354. *In:* O que há de novo em direito do trabalho. Coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo : LTr, 1997. p. 293.

que falte a habitualidade. A Súmula 63 do TST, já transcrita, revela, com clareza, a prevalência dessa orientação jurisprudencial.

Em sendo assim, poder-se-ia cogitar da inclusão de parcelas remuneratórias *eventuais* na base do cálculo das férias, mormente quando o artigo 142, §§5º e 6º, da CLT, prescreve a incorporação de adicionais na quantificação das férias, sem exigir a habitualidade desses adicionais[84].

Quanto ao 13º salário, restaria facilitada a integração, à sua base de cálculo, de parcelas remuneratórias eventuais, pois importaria considerar a remuneração paga no mês de dezembro ou da cessação do contrato, consoante regulam os artigos 1º, §1º e 3º, da Lei 4.090, de 1962. Sem embargo desse parâmetro legal, o TST parece não pretender abandonar o critério da habitualidade, pois continua decidindo que as gratificações habituais ou periódicas são aquelas que repercutem no cálculo do 13º salário[85].

Se a gratificação não ajustada integra a remuneração (Súmula 63 do TST), mas não é computada no cálculo do 13º salário, poder-se-ia contrapor: o TST exige a habitualidade (*rectius:* contratualidade) e, portanto, a natureza salarial da gratificação para que esta possa se integrar à base de cálculo do 13º salário. Ao mesmo tempo e através da Súmula 354, não inclui o 13º salário entre as parcelas que têm base de cálculo restrita ao salário. Uma solução dialética seria a inclusão do duodécimo da gratificação ajustada no 13º salário (malgrado a referência, na lei, à remuneração de dezembro ou da cessação do contrato), computando-se, quanto à gratificação não ajustada, somente a paga em dezembro ou no mês da cessação do contrato.

Existem, enfim, os complementos salariais que, força de lei ou norma coletiva, ou mesmo por restrição contratual, devem ser apurados com base no salário-base, como acontece com o adicional de periculosidade dos trabalhadores que não são eletricitários[86]. Noutro passo, enfatizamos a discussão jurídica, que divide turmas e ministros do Supremo Tribunal Federal, sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade ou de qualquer outra atribuição econômica poder ser o salário mínimo, ante a vedação contida no artigo 7º, IV, da Constituição.

9.4 Os adicionais (*indenizações* na teoria da tripartição). Vedação à incidência recíproca

Para os que tripartem a retribuição do trabalho, há um círculo periférico, que congrega as indenizações. Entre estas, sobressaem os adicionais, porquanto possam ser atraídos pelo núcleo salarial sempre que esboçarem habitualidade[87]. Também vimos que a jurisprudência tem incluído os adicionais no círculo da remuneração, sendo isso evidenciado na Súmula 63 do TST[88].

---

[84] Apesar disso, a Súmula 151 do TST, revogada em dezembro de 2003, recomendava: "A remuneração de férias inclui a das horas extraordinárias habitualmente prestadas"

[85] *Vide* TST, 1ª T., RR 541.134/99, Rel. Min. João Dalazen, DJ 06/05/05. A antiga Súmula 78 do TST, revogada em 2003, integrava apenas a gratificação periódica *contratual* ao salário, inclusive para o cálculo do 13º salário.

[86] *Vide* Súmula 191 do TST.

[87] Ou quando puder, de qualquer outra forma, ser revelado o caráter contratual desses adicionais.

[88] Súmula 63 do TST: "A contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço incide sobre a *remuneração* mensal devida ao empregado, *inclusive* horas extras e *adicionais* eventuais".

Embora os adicionais sirvam usualmente para compensar condições de trabalho em situações adversas ou de risco, essa regra não é absoluta. Basta que se cite o adicional por tempo de serviço para se constatar que as fontes do direito nem sempre guardam coerência com os conceitos forjados pela doutrina. O adicional por tempo de serviço não indeniza coisa alguma, antes premiando o trabalhador que acumula um período mais longo de trabalho.

Os adicionais mais importantes são o de hora extraordinária, o noturno, os de periculosidade e de insalubridade, o de transferência, pois são devidos à generalidade dos empregados. Há casos de adicionais que são assegurados a categorias específicas, a exemplo do que sucede ao adicional de risco previsto no art. 14 da Lei 4.860/65 em favor dos trabalhadores portuários e que, segundo o que prediz a orientação jurisprudencial 316 da SDI 1 do TST, deve ser proporcional ao tempo efetivo no serviço considerado sob risco e apenas concedido àqueles que prestam serviços na área portuária.

Não se tolera, ademais, a incidência recíproca de um adicional sobre outro (*exempli gratia,* quando a hora extra é também noturna), dada a necessidade de se evitar o *bis in idem.* Os adicionais podem acumular-se de modo crescente (o adicional de hora extra sobre a hora remunerada com o adicional noturno e assim por diante, mas sem o *caminho de volta*[89]). Preconiza-se, inclusive, a incidência do adicional de hora extra sobre outros adicionais devidos com habitualidade, conforme sugerido na Súmula 264 do TST:

> A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa[90].

A nosso pensamento, o salário que corresponde à hora normal pode atrair outros adicionais porventura habituais, que passam então a integrá-lo, nada justificando, senão a tentativa de evitar o efeito cascata, a regra de serem inacumuláveis os adicionais. A jurisprudência que emana do TST revela-se receptiva a acumulação de adicionais, desde que não se opere, conforme já visto, a incidência recíproca. A Súmula 60, I do TST, na mesma esteira do verbete relativo à hora extra (referimo-nos à Súmula 264), recomenda:

> O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos.

Quer quando se calcula o adicional noturno sobre o de hora extra, quer quando se opta pela incidência inversa, impõe-se uma *indenização* a mais pelo desconforto do trabalho à noite em tempo extraordinário, esta última circunstância potencializando a adversidade daquela. Parte da doutrina[91] e da jurisprudência[92] têm sido sensíveis a esse justo direito.

---

[89] Se o adicional de hora extra incidiu no cálculo do adicional noturno, não se pode recalcular o adicional de hora extra para que sobre ele reflita o adicional noturno.

[90] A interpretação dada por Sérgio Pinto Martins (*op. cit.*, p. 218) a esse verbete é, porém, restritiva, pois argumenta que "a expressão *integração das parcelas de natureza salarial*, contida no Enunciado 264 do TST, deve ser interpretada com o significado de, v.g., gratificações por tempo de serviço, abonos e gratificações ou adicionais já incorporados ao salário do obreiro". Um pouco antes, o autor observa que, segundo a dicção legal, o adicional de hora extra deve ser calculado sobre o salário da *hora normal* (art. 59, §1º e art. 61, §2º, da CLT).

[91] *Vide* SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1992. p. 742.

Ademais, há casos em que a jurisprudência, ao promover a exegese legal, restringe a base de cálculo de alguns adicionais. É o que ocorre, por exemplo, com o adicional de periculosidade dos trabalhadores que não atuam como eletricitários (Súmula 191 do TST) ou com os portuários, conforme se extrai da orientação jurisprudencial n. 60, II da SDI 1, a saber: "Para o cálculo das horas extras prestadas pelos trabalhadores portuários, observar-se-á somente o salário básico percebido, excluídos os adicionais de risco e produtividade."

9.4.1 O adicional de hora extra

O artigo 7º, XVI, da Constituição, assegura remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à remuneração do serviço executado na hora normal. Por jornada normal se entende a que é ajustada em contrato[93], desde que respeitado o limite de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, previsto no artigo 7º, XIII, da mesma Constituição.

Não havendo contrato, norma coletiva ou lei prevendo jornada menor que a constitucional, os citados limites (oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais), estabelecidos na Constituição serão considerados os limites da jornada normal. Se o trabalhador os extrapolar, tornar-se-á devido o adicional de no mínimo 50% sobre a remuneração das horas excedentes.

O artigo 7º, XIII, do texto constitucional estabelece marcos, portanto, para o dia e para a semana de trabalho, mas autoriza a compensação[94] do tempo de trabalho, como estudaremos a seu tempo, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Até antes da Constituição de 1988, o adicional mínimo de hora extra era de 20%, se as horas suplementares fossem previamente ajustadas, sendo de 25% quando não proviessem de expresso ajuste. A remuneração do labor extraordinário resultante de força maior sequer sofria a incidência do adicional. A nova ordem constitucional não faz qualquer exceção, por isso sendo devido o adicional mínimo de 50% sempre que se estiver a pagar pelo trabalho em sobrejornada, sem ser esta compensada com base em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Por vezes, o legislador majora o adicional de modo a fixá-lo em percentual superior ao mínimo legal. É o que se dá, por exemplo, com os advogados empregados, aos quais resulta assegurado um adicional mínimo de 100% sobre a remuneração da hora extraordinária (art. 20, §2º da Lei 8.906/94).

9.4.2. O adicional noturno

---

[92] *Vide* orientação jurisprudencial n. 47 da SDI 1 do TST: "Hora extra. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. É o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade, este calculado sobre o salário mínimo". Contemplando a incorporação da hora extra e do adicional de periculosidade na base de cálculo do adicional noturno, ver orientações jurisprudenciais 97 e 259 da SDI I do TST. Note-se que o TST, mesmo quando inverte o ângulo de incidência, não está, em rigor, permitindo a incidência recíproca.

[93] Contrato expresso ou tácito, pois a prestação habitual de uma jornada menor que a constitucional (oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais) impõe a remuneração de horas de trabalho, que a extrapolem, com o adicional de 50%.

[94] Na compensação de jornada, o excesso do tempo de trabalho em um ou alguns dias é compensado com a redução em um dia posterior.

O horário noturno de trabalho, para o trabalhador urbano, estende-se, no mínimo, das 22h às 5h, sendo a hora noturna reduzida, por ficção jurídica, ao tempo de 52 minutos e 30 segundos. Multiplicando-se esse tempo por sete (número de horas convencionais, no horário noturno mencionado), infere-se que das 22h às 5h há oito horas, para efeitos trabalhistas.

Em se cuidando, ainda, de trabalhador urbano, o tempo por que ele disponibilizar a sua força de trabalho, no horário noturno, deve ser remunerado com o adicional de 20%, pelo menos. Algumas observações são, aqui, necessárias, por isso sendo analisadas nos subitens seguintes.

9.4.2.1 O trabalho noturno em regime de revezamento

A primeira observação é atinente ao fato de o artigo 73 da CLT negar o adicional noturno aos empregados que laboram em regime de revezamento semanal ou quinzenal. Há algum tempo o Supremo Tribunal Federal decidiu que a essa regra faltava fundamento de validade, pois as últimas cartas constitucionais, inclusive a de 1946 (artigo 157, III) e a de 1967 (artigo 165, IV), vêm assegurando a todo trabalho noturno, indistintamente, remuneração superior à do diurno.

A Súmula 213 do STF é taxativa: "É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado a regime de revezamento".

Quanto à redução ficta da hora noturna (52 minutos e 30 segundos), a jurisprudência tem sido menos rigorosa, a ponto de compreender, por exemplo, que é ela incompatível com o regime de trabalho em atividade petrolífera, instituído pela Lei 5811, de 1972[95], e também com o trabalho portuário (OJ 60, I SDI 1).

Há algum tempo, o Tribunal Superior do Trabalho tratou de conflito em que se discutia a redução ficta em turnos ininterruptos de revezamento, para os quais o artigo 7º, XIV, da Constituição fixou limite de seis horas, salvo negociação coletiva. O TST[96] também se posicionou de forma a ressalvar a redução ficta da hora noturna em tal hipótese, como se nota na ementa seguinte:

> "O trabalho em turnos ininterruptos de revezamento não se compatibiliza com o cômputo da jornada noturna como reduzida, uma vez que supõe a fixação de 4 turnos de 6 horas para cobrir as 24 horas do dia. Se fosse computada a jornada noturna reduzida, seria impossível fechar o quadro de 4 turnos, pois aquele que correspondesse à jornada noturna seria menor e descompassaria os demais. Revista provida em parte".

Mas esse entendimento não prevaleceu e sobreveio, então, a orientação jurisprudencial n. 395 da SBDI 1 do TST, *verbis*: "O trabalho em regime de turnos ininterruptos de revezamento não retira o direito à hora noturna reduzida, não havendo incompatibilidade entre as disposições contidas nos arts. 73, § 1º, da CLT e 7º, XIV, da Constituição Federal".

9.4.2.2 O trabalho noturno decorrente da natureza da atividade

A parte final do §3º do artigo 73 da CLT preceitua que, "em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será

---

[95] *Vide* Súmula 112 do TST.

[96] TST, RR 347763/97-9, Ac. 4ª T., 20/9/2000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Revista LTr 65-01/42.

calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem". Por algum tempo, entendeu parte da doutrina e da jurisprudência que essa regra atendia à diretriz constitucional, podendo, por exemplo, o proprietário de uma *boite*, que exercesse atividade tipicamente noturna, desonerar-se da obrigação de remunerar o trabalho noturno em valor superior ao do diurno quando incidisse o adicional de 20% sobre o salário mínimo, ainda que fosse maior o salário que pagasse ao seu empregado. Sendo o salário pago maior que o salário mínimo acrescido do adicional de 20%, nada mais deveria o empregador.

A opinião pretoriana se modificou, porém, como se extrai do verbete n. 313 da súmula da jurisprudência do STF: "Provada a identidade entre o trabalho diurno e o noturno, é devido o adicional, quanto a este, sem a limitação do art. 73, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente da natureza da atividade do empregador".

9.4.2.3 A prorrogação do trabalho noturno

O §5º do artigo 73 da CLT prescreve: "Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste Capítulo". Não está o dispositivo a tratar de prorrogação de jornada normal, mediante a prestação de horas extras, em meio ao horário noturno. Cuida a norma, em vez disso, de prorrogação da jornada noturna, ou seja, do labor que, estendendo-se por toda a noite, avança além das 5h.

Nada mais justo que o labor que prolongado até depois das 5h seja remunerado com o adicional noturno, pois a fadiga e o desconforto se acentuam ao passar das horas, sendo turva a luz do sol aos olhos que reclamam o sono indormido. Ante a dicção legal, o adicional e também a redução ficta da hora noturna – todo o capítulo, enfim – são devidos na prorrogação da jornada noturna.

Mas a jurisprudência tem enfatizado que o dispositivo (artigo 73, §5º, da CLT) não se aplica pelo simples fato de o horário ser misto, ou seja, conter horas noturnas e diurnas, a exemplo do trabalhador rodoviário que inicia sua jornada às 4h30. Não é razoável que se assimile toda a sua jornada como uma prorrogação de jornada noturna. A norma sob comento não tem esse desiderato, mas serve às hipóteses em que a jornada se protrai por todo o horário noturno e continua após às 5h, sendo elucidativa a ementa[97] seguinte:

> Distingue-se o horário misto da prorrogação do horário noturno porque, no primeiro, parte do trabalho é prestado no horário noturno e, no segundo, o trabalho compreende toda a jornada noturna e ainda a supera (CLT, art. 73, §4º e 5º).

Em igual sentido é a orientação contida na Súmula 60, II do TST[98]: "Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT".

---

[97] TRT 12ª Região, RO-V 7492/95, Rel. Juiz J. L. Moreira Cacciari, Ac. 2ª T. 0073/97, 13/12/96, Revista LTr 61-05/709.

[98] A Súmula 60, II resulta da conversão da orientação jurisprudencial n. 6 da SDI 1 e reflete várias decisões do TST, a exemplo da que é encimada pela seguinte ementa: "Horas laboradas além das cinco horas da manhã - Direito ao adicional noturno Se para o trabalho noturno a lei garante um adicional de 20% sobre a hora trabalhada, com muito mais razão ainda quando se cumpre integralmente esta jornada e ainda se permanece

9.4.2.4 O trabalho noturno do empregado rural

A Lei 5889, de 1973, exaure, em seu artigo sétimo, a matéria pertinente ao trabalho noturno do empregado rural. Quanto a este, o legislador optou por delimitar o horário noturno em tempo correspondente a oito horas convencionais, não se adotando ao trabalho do rurícola, por isso, a redução ficta da hora noturna.

Para o empregado rural que desenvolve seu *serviço na lavoura*, o horário noturno se estende, quando menos e por força de lei, das 21h às 5h. O horário noturno do empregado rural que presta *serviço pastoril* o é das 20h às 4h. Em ambos os casos, o adicional mínimo é de 25%.

9.4.2.5 O trabalho noturno em regimes especiais – empregado portuário e advogado

Ocorre de o legislador prescrever um regime especial para o trabalho noturno de algumas categorias, a exemplo daquelas compostas por trabalhadores portuários e por advogados.

No que concerne aos portuários, a orientação jurisprudencial n. 60, I da SDI 1 do TST exaure a interpretação da Lei 4.860/65 ao recomendar: "A hora noturna no regime de trabalho no porto, compreendida entre dezenove horas e sete horas do dia seguinte, é de sessenta minutos".

Quanto aos advogados, o art. 20, §3º da Lei 8.906/94 prevê, em benefício dos advogados empregados, que "as horas trabalhadas no período das vinte horas de um dia até as cinco horas do dia seguinte são remuneradas como noturnas, acrescidas do adicional de vinte e cinco por cento".

9.4.3 Os adicionais de insalubridade e de periculosidade

O artigo 7º, XXIII, da Constituição assegura *adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*. O adicional de penosidade não está previsto em lei, nada obstando que normas coletivas ou individuais o prescrevam.

Os adicionais de periculosidade e de insalubridade têm previsão legal, podendo ser logo destacadas, por nós, as suas especificidades, ou seja, os pontos em que se distinguem: hipóteses de incidência e base de cálculo.

Em seguida, cuidaremos das características comuns a ambos os adicionais: a necessidade de prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho, a exigência de perícia técnica para a sua constatação, a supressão do direito através da eliminação do risco, a condicionalidade e a inexigibilidade dos dois adicionais em cúmulo.

---

trabalhando após ela. Se o que justifica o adicional é o desgaste maior do trabalho à noite igual ou maior desgaste haverá quando se prossegue trabalhando após já ter trabalhado após o período noturno - *ubi eaden ratio, ibi eadem legis*. Cumprida integralmente a jornada no período noturno, e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art.73, parágrafo 5º, da CLT. Embargos conhecidos e providos" (TST, SDI 1, Proc. TST-E-RR 311.016/96.9, Rel. Min. Vantuil Abdala. Fonte: SDI – 43 – JUN/00, p. 7). Em seu voto vencedor, o ministro relator faz referência aos seguintes precedentes, em igual sentido: E-RR-137.324/94, Ac.710/97, Min. Francisco Fausto, DJ 4/4/97,decisão unânime; E-RR-113.733/94, Ac. 2464/96, Min. Vantuil Abdala, DJ7/3/97, decisão unânime; E-RR-28.871/91, Ac. 652/96 - Min. Luciano Castilho, DJ 4/10/96, decisão unânime e E-RR-31.511/91, Ac. 301/94, Min. Armando de Brito, DJ 20/5/94, decisão por maioria.

9.4.3.1 Hipóteses de incidência

O adicional de insalubridade é devido quando o empregado é exposto, por ocasião do trabalho, a agente nocivo à sua saúde, acima dos limites de tolerância que são fixados, através de normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho[99], em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. É o que se extrai do artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O adicional de periculosidade é exigível, por sua vez e também em consonância com norma regulamentadora aprovada pelo Ministério do Trabalho[100], em favor do empregado que presta serviço em contato[101] permanente ou intermitente[102], não eventual, com inflamáveis ou explosivos, em risco acentuado (artigo 193 da CLT), também sendo devido aos empregados que trabalham em setor de energia elétrica (Lei 7369, de 1985).

Por fim, as Portarias 3393, de 1987, e 518, de 2003, ambas do Ministério do Trabalho, incluíram entre os destinatários do adicional de periculosidade os empregados em atividades e operações com radiações ionizantes ou substâncias radioativas. A orientação jurisprudencial nº 345 da SDI I do TST, cuidando desses trabalhadores, reconhece a eficácia de citadas portarias ministeriais e ressalva: "No período de 12.02.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade (pelo dito fato de operar com radiações ionizantes ou substâncias radioativas)".

9.4.3.2 A base de cálculo dos adicionais de insalubridade e periculosidade

Enquanto preponderar o texto da Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 192), o adicional de insalubridade incide sobre o *salário mínimo*, à razão de 10%, 20% ou 40%, segundo seja de grau mínimo, médio ou máximo a nocividade do agente insalubre. Ao estudarmos o salário mínimo e a vedação constitucional de sua vinculação a outras prestações (item 2.1, *supra*), vimos o dissenso jurisprudencial sobre a constitucionalidade do citado dispositivo da CLT, que vincula o adicional de insalubridade ao salário mínimo. É incipiente, contudo, a tentativa de computar o salário básico do empregado como base de

---

[99] Lembra Márcio Ribeiro do Valle (VALLE, Márcio Ribeiro do. Insalubridade e periculosidade. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo : LTr, 1993. p. 198) que "toda a regulamentação administrativa da matéria insalutífera prevista na CLT está contida na Portaria 3214, de 8 de junho de 1978, sobretudo na NR 15 e seus respectivos anexos, onde temos, expressamente, a previsibilidade dos limites de tolerabilidade para os ruídos contínuos, intermitentes e de impacto; para a exposição ao calor e às radiações ionizantes e não-ionizantes; para os níveis mínimos de iluminamento; para as pressões hiperbáricas, as vibrações, o frio e a umidade; para os agentes químicos com insalubridade caracterizada por limites de tolerabilidade, as poeiras minerais, os chamados agentes biológicos etc"

[100] *Vide*, em especial, a NR 16 (com anexos que tratam de atividades e operações perigosas com explosivos, atividades e operações perigosas com inflamáveis), a NR 19 (explosivos) e a NR 20 (líquidos combustíveis e inflamáveis) da Portaria 3214/78.

[101] Observa Márcio Ribeiro do Valle que, não obstante a dicção do artigo 193 da CLT, "não é necessário que o trabalhador venha a operar diretamente com substâncias perigosas para perceber o adicional de periculosidade. Exemplo clássico disso é o da secretária de posto de gasolina que trabalha no escritório montado anexo à bomba de abastecimento, a qual, embora não lide com inflamáveis, presta porém serviços permanentes em área nitidamente perigosa, tendo direito, por isso e assim, ao adicional questionado".

[102] *Vide* orientação jurisprudencial n. 5 da SDI 1 do TST. O artigo 193 refere apenas o contato *permanente*.

cálculo do adicional sob comento, em analogia ao que sucede com o adicional de periculosidade[103].

Entendeu-se, em um primeiro momento, que a existência de salário mínimo profissional (ou piso salarial) em favor de certa categoria de trabalhadores não implicaria a incidência do adicional de insalubridade sobre este, mantendo-se o salário mínimo nacional como base de cálculo. Mas o resgate pelo TST, ao fim de 2003, da sua antiga Súmula 17 importa outro tratamento à matéria, pois assim está redigido o verbete: "O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado".

O adicional de periculosidade incide, por sua vez, sobre o salário-base do empregado (ponha-se a salvo o caso dos eletricitários, em que o adicional incide sobre todas as parcelas salariais). Para esse empregado comum (não eletricitário), o artigo 193, §1º, da CLT, assegura o adicional sob comento "sobre o salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa". Ocorreu de o TST decidir que essa ressalva, tocante a gratificações, prêmios ou participações nos lucros, deveria ser aplicada restritamente (o que redundaria na incidência do adicional de periculosidade sobre outras parcelas salariais), assim agindo em consonância com a regra in dubio pro misero. Essa linha de interpretação não preponderou, contudo, pois a incidência somente sobre o salário-base está consagrada na Súmula 191 do TST.

É de se notar, em remate e para justificar a ressalva quanto aos eletricitários, que a Lei nº 7.369, de 1985, prevê o adicional de periculosidade sobre o *salário que perceber* esse trabalhador. Como inexiste referência ao salário-base nem restrição à incidência sobre qualquer prestação salarial, a mesma Súmula 191 vem enfatizando que "em relação aos eletricitários o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial".

Uma última reflexão, neste tópico, é pertinente à possibilidade de o trabalho de risco ser intermitente, dando ensanchas a que se proponha a incidência do adicional de periculosidade proporcional ao tempo de exposição ao risco. Assim está previsto, aliás, no Decreto 93412, de 1986, que regulamenta a Lei 7369/85 (lei que regula a periculosidade no setor elétrico). Divergia-se, a bem dizer, entre a alternativa de reduzir o adicional na proporção do tempo de exposição e a opção, que terminou prevalecendo, de assegurar o mesmo adicional (incidente sobre todo o salário mensal) em qualquer circunstância, porque, ainda quando é intermitente o trabalho arriscado, os efeitos danosos do agente perigoso não se reduzem em virtude de ser intermitente a sua ação. A explosão ou o choque elétrico são letais, ainda que o empregado não se exponha a esses agentes ininterruptamente. Assim está na Súmula 361 do TST:

---

[103] A nosso pensamento, a vedação constitucional deve ter interpretação finalística, consultando-se, assim, o interesse do constituinte de não permitir a indexação da economia por essa via. Em sendo o adicional de insalubridade uma prestação salarial, decerto que a vinculação de seu valor ao salário mínimo não tem efeitos inflacionários, ao menos não figurando como um modo deliberado de indexar a economia. Contudo, há um outro entrave à vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, comentado em monografia do juiz do trabalho Fabio Túlio Correia Ribeiro. É que o Decreto-lei 2351/87 revogou parcialmente o artigo 192 da CLT, pois extinguiu o salário mínimo e instituiu o salário mínimo de referência e o piso nacional de salário, entendendo-se, ao tempo de sua vigência, que o adicional de insalubridade incidiria sobre este último (orientação jurisprudencial n. 3 da SDI 1 do TST). Restaurando-se o salário mínimo e seus conceitos econômico e jurídico, a repristinação do artigo 192 da CLT estaria vedada pelo artigo 2º, §3º, da LICC.

> O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, tendo em vista que a Lei n. 7369/85 não estabeleceu qualquer proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

Quanto aos demais empregados, não eletricitários, que titularizam o direito ao adicional de periculosidade, a orientação jurisprudencial tem sido a mesma: o adicional de 30% incide sobre o salário mensal, mesmo quando o contato com o agente de risco é intermitente[104].

A valer, porém, a ponderação contida na Súmula 364, I, do TST, a regra da incidência do inteiro adicional de 30% pode ser mitigada quando a proporcionalidade entre o percentual incidente e o tempo de risco é prevista em norma coletiva.

9.4.3.3 A prévia regulamentação pelo Ministério do Trabalho

Porquanto assim referido em lei[105], a mera condição de risco à saúde ou à incolumidade física não bastam à configuração do direito ao adicional de insalubridade ou ao adicional de periculosidade, respectivamente. Necessária é a prévia regulamentação do Ministério do Trabalho, indicando a condição de trabalho como insalubre ou perigosa.

Vale dizer, não é porque labora em situação de risco que o empregado tem direito a qualquer dos dois adicionais, pois o tem somente na hipótese de norma oriunda do Ministério do Trabalho arrolar a sua condição de trabalho como insalubre ou perigosa. Em se tratando de eletricitário, é preciso que a sua condição de trabalho esteja referida em anexo ao Decreto 93412/85, que regulamenta a Lei 7369/85.

Uma breve reflexão é inevitável: a percepção sempre finita do homem, inclusive daqueles que integram os centros de positivação das normas de direito, estaria a reclamar a utilização dos métodos de integração da norma estatal (analogia, costumes, princípios gerais de direito), mesmo no universo formalista dos teóricos que pugnam pela completude do ordenamento jurídico. A necessidade de enquadramento em normas regulamentadoras significaria, em vez disso, um resgate do critério da reserva legal, tão caro ao direito penal, mas proscrito em outras searas do direito. Por que estaria o direito do trabalho a exigir o critério formalista, qual seja, a subsunção do trabalho perigoso ou insalubre em tipo normativo específico?

A exigência de enquadramento da atividade insalubre em norma regulamentadora seria, portanto, uma manifestação atávica do direito do trabalho? Parece-nos que a resposta deve ser negativa. A nossa intuição é a de que poucas atividades não gerariam os adicionais de insalubridade ou periculosidade, em se prescindindo da prévia regulamentação ministerial. A sapiência popular ensina que para se correr perigo, na sociedade contemporânea, basta estar vivo. A regra inserta nos artigos 190 e 193 da CLT, exigente de prévia e expressa regulamentação, atenderia, pois, ao postulado da segurança jurídica, no ambiente empresarial.

Ainda assim, quer parecer-nos mais justa a solução anteriormente prevista no Decreto-lei 389, de 1968, a prever que "os efeitos pecuniários, inclusive adicionais, decorrentes do trabalho nas condições de insalubridade ou periculosidade atestadas, serão

---

[104] *Vide* orientação jurisprudencial n. 5 da SDI 1 do TST.
[105] Artigos 190 e 193 da CLT. Artigo 2º da Lei 7369/85.

devidos a contar da data do ajuizamento da reclamação". Em suma, os empregados ou o sindicato que os representasse poderiam postular o adicional mesmo sem a existência de norma regulamentadora, mas nesse caso o adicional seria devido, se o fosse, apenas a partir do ajuizamento da ação judicial. A Lei 6514, de 1977, revogou, contudo, a norma antecedente (DL 389/68), emprestando ao artigo 196 da CLT a sua atual redação:

> "Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridade ou periculosidade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministério do Trabalho, respeitadas as normas do art. 11[106]"

A ação trabalhista movida por empregado, quando ainda está em curso o seu contrato, é, de toda sorte, mais rara. A situação do trabalhador mais constante na Justiça do Trabalho é a daquele cujo vínculo de emprego já se desfez.

Sobre serem insuficientes as normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho para a regência das inusitadas condições de trabalho, que o progresso tecnológico promove, influencia-nos o pensamento de Martins Catharino, que, investido de sua autoridade octogenária, ainda em vida afirmou: "devido ao fabuloso progresso científico-tecnológico, os quadros de atividades e operações insalubres são freqüentemente alterados, o que está previsto na CLT. O problema maior não é o da falta de previsão e de atualização, mas o da deficiência de fiscalização, do descumprimento de disposições preventivas, eliminatórias ou compensatórias da insalubridade"[107].

Também é esse o entendimento prevalecente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como se extrai da orientação jurisprudencial n. 4, I, da sua Seção de Dissídios Individuais 1, embora tenha a mais alta corte trabalhista obviado os efeitos da interpretação gramatical de algumas normas regulamentadoras, a exemplo do que fez ao não distinguir *fabricação* e *manuseio* de óleos minerais, ao aplicar a NR 15, Anexo XIII (orientação jurisprudencial 171 da SDI –1 do TST) e, mais recentemente, ao assegurar o adicional de periculosidade a eletricitários que não prestavam serviço em empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, embora o fizessem em setor elétrico de outras empresas[108].

Em nenhum desses casos houve *analogia* – a exigir o adicional para atividades não referidas, mas com igual grau de nocividade –, havendo, menos que isso, mera *interpretação extensiva* (*lex minus dixit quam volit*), que estendeu os efeitos da norma à situação de fato que já integrava, embora implicitamente, a sua expressão. A palavra, que de regra é incapaz de expressar a objeto em toda a sua extensão, fora assimilada como exemplificativa de uma certa situação de fato, sem restringir a dimensão desta[109].

9.4.3.4 A necessidade de perícia técnica em sede judicial

---

[106] O artigo 11 da CLT regula a prescrição trabalhista.

[107] Revista TST, vol. 65, out/dez 1999, p. 225.

[108] TST-RR 347753/97.4 – Ac. 4ª T. 24/5/00 – Rel. Min. Barros Levenhagen. Revista LTr 65-02/198. *Vide* orientação jurisprudencial n° 324 da SDI I do TST.

[109] Mesmo em direito penal, admite-se a interpretação extensiva. Damásio de Jesus exemplifica, afirmando que o artigo 130 do Código Penal não pune apenas a exposição ao perigo de contágio de doença venérea, mas também o próprio contágio; o artigo 235 incrimina a bigamia, abrangendo a poligamia etc. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal.* São Paulo : Saraiva, 1986. p. 34).

O artigo 195, §2º, da CLT prevê a necessidade de se designar perícia técnica sempre que requerido, em juízo, o adicional de insalubridade ou o adicional de periculosidade. Mesmo quando a condição de trabalho é incontroversa, a exemplo do que sucede, muita vez, ao frentista de posto de gasolina[110], é necessária a realização da prova pericial, devendo ser designado um engenheiro de segurança do trabalho ou um médico do trabalho, para o fim específico de constatar se as condições concretas de trabalho se subsumem em item prescritivo de alguma norma regulamentadora. A jurisprudência tem exigido a perícia até mesmo quando o empregador é revel, não oferecendo defesa em juízo.

Com freqüência, ocorre de a empresa ter cessado a sua atividade econômica na localidade em que prestou trabalho o autor da ação judicial, o que também não impede a realização da perícia, pois, conforme entendeu a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho[111], "a apuração da insalubridade após encerrado o contrato de trabalho, quando as condições da obra já não seriam as mesmas, não invalida o laudo técnico pericial. O art. 195 da CLT não dita qualquer condição para a realização da perícia, enquanto que o art. 429 do CPC preceitua que o perito, no desempenho de sua atividade, pode dispor de diversas fontes de informação e dos meios necessários à produção da prova".

A perícia é, portanto, necessária, podendo o perito, sobretudo quando alterado o local de trabalho, valer-se de testemunhas, documentos que porventura requisitar junto a órgãos públicos, plantas, desenhos, fotografias ou quaisquer outros elementos na fundamentação de seu laudo. Ademais, nada obsta que a conclusão do laudo seja condicionada à verificação de alguma situação de fato, impossível de ser investigada *in loco* e a ser apurada em juízo, por meio de outros elementos de prova[112].

Há, porém, ao menos três situações em que essa exigência de perícia é relativizada. A primeira diz respeito aos casos em que o empregador admite o trabalho insalubre ou perigoso alegado, mas argumenta, por exemplo, que pagou o adicional vindicado. Se não apenas o fato é incontroverso, mas também o é o direito, desnecessária é a prova pericial. A outra situação é aquela em que as partes dissentem a propósito do direito ao adicional, mas convergem no tocante ao fato de um laudo relativo a outro empregado referir-se a condições de trabalho idênticas às do empregado que ajuizou a ação sob exame. O Tribunal Superior do Trabalho já decidiu favoravelmente à utilização de laudo emprestado[113]. A terceira situação (de inexigibilidade da perícia) é aquela retratada na orientação jurisprudencial n° 278 da SDI I do TST:

> A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Fora dessas hipóteses, o pedido de adicional de insalubridade ou periculosidade importa a realização da perícia, sendo lamentável que o empregado tenha que arcar, o mais das vezes, com os honorários provisionais, dada a insuficiência do quadro de peritos das

---

[110] *Vide* Súmula 39 do TST: "Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade". Em igual sentido, a Súmula 212 do STF.

[111] TST-RR-590454/99 – Ac. 2a T. – Rel. Min. Valdir Righetto – DJU 17/3/2000. Trecho da ementa extraída da Revista TST, Brasília, vol. 66, n. 2. abr/jun 2000. p. 342.

[112] Cf. VALLE, Márcio Ribeiro do. *Op. cit.* p. 202.

[113] TST-RR 488514/98 – Ac. 2a T. – Rel. Juiz Convocado Márcio Ribeiro do Valle – DJU 4/8/2000. Revista TST, Brasília, vol. 66, n. 3, jul/set 2000. p. 400.

delegacias regionais do trabalho e a inexistência do cargo de perito no quadro de servidores dos tribunais regionais e varas do trabalho.

9.4.3.5 A supressão do direito ao adicional pela neutralização ou eliminação do risco

O artigo 191 da CLT prescreve: "A eliminação ou a neutralização da *insalubridade* ocorrerá: I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância". O primeiro inciso refere, portanto, as medidas de proteção coletiva, a exemplo do sistema de ventilação adequado para ambientes de trabalho em que empregados operem com manganês[114]. O inciso segundo faz alusão aos equipamentos de proteção individual (*EPI*), como aqueles enumerados na NR 6 da Portaria 3214, de 1978: protetores faciais, óculos de segurança, máscaras para soldadores, capacetes, luvas, mangas de proteção e cremes protetores.

Se a ventilação é suficiente para dissipar a poeira contaminada ou o equipamento de proteção individual imuniza o trabalhador, neutralizando os efeitos nocivos do agente insalubre, cessa o direito de o empregado receber o adicional de insalubridade. O mesmo se dá, por óbvio, na hipótese de a nocividade não ser apenas neutralizada, mas, para além disso, eliminada. Vale, porém, a advertência da Súmula 289 do TST:

> O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

Quanto ao adicional de periculosidade, a lei não contempla a possibilidade de o direito ao adicional cessar em razão de os equipamentos de proteção individual *neutralizarem* o risco. O artigo 194 da CLT estatui que "o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a *eliminação* do risco à sua saúde ou integridade física [...]". No mesmo sentido, o artigo 2º, §3º, do Decreto 93412/86, específico quanto aos eletricitários[115].

Não por coincidência, há autores que consideram quase impossível a eliminação do risco para os que lidam, constantemente, com inflamáveis, explosivos, radiações ionizontes, substâncias radioativas ou energia elétrica. Márcio Ribeiro do Valle[116] especula, inclusive, que "a cessação do pagamento do adicional de periculosidade ocorre com o término do trabalho nas áreas de risco ou com a transferência do empregado para setores da empresa que não sejam perigosos, não porém com o fornecimento de EPI que efetivamente eliminasse o risco à integridade física do trabalhador pela periculosidade".

Pode ocorrer de a eliminação (ou também a neutralização, em se tratando de insalubridade) ser obtida após o empregado ter assegurado, em processo judicial, o direito

---

[114] *Vide* NR 15 – Anexo 12, capítulo sobre manganês e seus compostos, item 6.

[115] Sergio Pinto Martins (*op. cit.* p. 216) observa que "para o adicional de periculosidade não ser devido, mister se faz que o risco seja eliminado, e não neutralizado, porque a qualquer momento o laboralista pode ser surpreendido com uma descarga elétrica, em que tal risco continua logicamente a existir".

[116] *Op. cit.* p. 210.

ao adicional de insalubridade ou periculosidade. O fato superveniente da eliminação do risco autorizaria o empregador a descumprir, a partir de então, o dispositivo sentencial? A jurisprudência tem entendido que, nesses casos, aplica-se o artigo 471, I, do CPC, obrigando-se o empregador a ajuizar uma ação revisional com o fim de se exonerar do adicional até ali devido. Parece-nos acertada essa orientação, pois não pode o empregador reclamar os embaraços de uma ação judicial se impeliu o empregado, antes, a manejá-la para obter o reconhecimento do direito ao adicional. Se acaso se submetesse o empregador aos resultados de perícia extrajudicial, a ação revisional seria prescindível.

Noutro sentido, Valentin Carrion[117] advoga que a vocação simplificadora do direito processual laboral permite o debate, sobre a supressão do trabalho de risco após a condenação judicial, no processo de execução da sentença, parecendo-lhe desnecessária a ação revisional.

9.4.3.6 A condicionalidade do direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade

Vimos que o pagamento habitual ou continuado de um adicional o faz atraído pelo núcleo salarial, o que impediria a sua supressão. Por outro lado, também já percebemos, ao estudarmos a *condicionalidade* como uma das características dos complementos salariais, que é inconveniente a preservação do direito ao adicional quando isso significa um desestímulo para o empregador, que não tem interesse em eliminar a adversidade do trabalho se continuará a sofrer os seus efeitos financeiros.

Essa encruzilhada jurídica fez surgir a Súmula 248 do Tribunal Superior do Trabalho, em que essa corte judicial faz clara opção pela condicionalidade, ao recomendar: "a reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio de irredutibilidade salarial".

Resumindo, a necessidade de se combater o trabalho arriscado induz a jurisprudência a compreender os adicionais de insalubridade e de periculosidade como prestações devidas *sob condição.* Isso não obstante, é certo que os citados adicionais, enquanto forem pagos com habitualidade, refletirão no valor de outras parcelas, que têm no salário a sua base de cálculo. Assim está preconizado, aliás, em alguns verbetes da súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho[118].

9.4.3.7 A inacumulabilidade dos adicionais de insalubridade e de periculosidade

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 193, §2º, prevê que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido". À parte o desvio de ótica, pois não pode ser uma *ventura* laborar em condições insalubres, é certo que o citado dispositivo sempre foi interpretado como uma proibição a que o empregado pudesse exigir os dois adicionais, quando ambos os agentes, insalubre e perigoso, estiverem presentes. Qualificada por essa interpretação, bem se vê que se cuida de

---

[117] *Op. cit.* p. 176. Nota ao artigo 194 da CLT.

[118] *Vide* Súmulas n° 132 (sobre integração do adicional de periculosidade) e 139 (integração do adicional de insalubridade *enquanto percebido*).

regra injusta, pois permite que o empregado labore em situação de risco à sua integridade física sem que receba o adicional correspondente.

Ao versar sobre essa impossibilidade legal de acumulação dos dois adicionais, Rodrigues Pinto[119] lembra que tal norma proibitiva é um legado da Lei 2573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, mas é enfático: "Explicação jurídica não encontramos para isso, daí entendermos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico".

Como quer que seja, é hora de se questionar a validade dessa norma frente ao que preceitua o artigo 7º, XXIII, da Constituição, que diz ser direito do trabalhador o "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei". Ante o postulado da norma mais favorável, consagrado no *caput* desse dispositivo constitucional, a norma legal está autorizada a regular os casos em que são devidos os adicionais de penosidade, insalubridade ou periculosidade e a fixar os respectivos percentuais. A conjunção *ou* estaria presente, no texto do inciso sob comento, pois o uso da conjunção aditiva (*e*) faria concluir que toda atividade penosa também seria insalubre e, por igual, necessariamente perigosa.

Assim, não estaria o legislador infraconstitucional autorizado a suprimir o direito ao adicional de periculosidade, em hipótese que a lei enumera como de risco. E como o suprime sem qualquer justificativa, o artigo 193, §2º da CLT se apresenta, pura e simplesmente, como a negação de um direito fundado na Constituição. A orientação jurisprudencial que tem prevalecido é, entretanto, a de que os adicionais de insalubridade e de periculosidade são inacumuláveis.

Uma observação é, ainda, necessária. Mesmo que se tenha como constitucional o antevisto preceito, que prescreve a inacumulabilidade dos citados adicionais, decerto isso não impedirá o empregado de postular os dois adicionais em juízo, cabendo-lhe escolher qual deles pretende receber na hipótese de a perícia constatar tanto o trabalho insalubre como o labor em situação de risco.

9.4.4 O adicional de transferência

O artigo 469, §3º da Consolidação das Leis do Trabalho assegura o direito ao adicional de no mínimo 25% sobre o salário, sempre que o empregado é transferido, provisoriamente, de uma para outra localidade de trabalho.

O assunto deve ser mais bem estudado no tópico relativo à alteração do contrato de trabalho, em capítulo próprio. É interessante frisar, porém, que se tem interpretado o citado dispositivo de lei como uma garantia do direito ao adicional de transferência nos casos de transferência *provisória*, mesmo nas hipóteses em que o empregador está autorizado a transferir o empregado, por ser ele, por exemplo, exercente de cargo de confiança (artigo 469, §§ 1º e 2º, da CLT). Segundo esse entendimento, que é claramente majoritário, a transferência *definitiva* não dá direito ao adicional de transferência.

Quanto ao mais, é tempo de dizer que o empregador deve ressarcir as despesas de transferência, independentemente da obrigação de pagar o adicional de transferência,

---

[119] *Op. cit.* p. 344.

cujo fato gerador é o desconforto do trabalho em outra localidade. Assim dispõe o artigo 470 da CLT.

Também tem pertinência, aqui, a discussão sobre o adicional de transferência se integrar definitivamente ao salário ou se caracterizar como salário sob condição. A jurisprudência tem pendido para o aspecto da condicionalidade, como se pode inferir da seguinte ementa[120]:

> O adicional de transferência pago de forma habitual constitui salário condicional em face do que estatui o art. 457, §1º, da CLT. Assim, enquanto pago, deve o adicional computar-se no salário para todos os efeitos, inclusive para cálculo das férias e do 13º salário.

9.5 Os princípios informantes da teoria jurídica do salário

É natural que os princípios que informam um ramo qualquer do conhecimento sejam estudados a início, pois neles devemos desvendar toda a sua base teórica ou, em se cuidando das ciências sociais, as normas que, por serem fundantes do sistema, apresentam um grau maior de abstração. Por tratarmos de remuneração e salário, estamos, porém, a inverter essa orientação lógica, pois houve a necessidade de assimilarmos, antes, os conceitos e os tipos salariais e remuneratórios mais específicos, o que viabilizará, estamos certos, a compreensão dos princípios e a delimitação de sua incidência.

Uma outra observação é, também, necessária. É que, tal como se deu no estudo dos princípios do direito do trabalho, apresenta-se, entre os princípios informantes da teoria do salário, um princípio que, a bem ver, precede os demais e neles se projeta. Referimo-nos ao princípio da *irredutibilidade*. Dele emanam os outros princípios, que também estudaremos, observando a seguinte nomenclatura[121]: *integridade*, *intangibilidade*, *igualdade* e *certeza de pagamento*.

9.5.1 Princípio da irredutibilidade

Antes de ser editada a Constituição de 1988, dizia-se irredutível o salário com esteio na regra do artigo 468 da CLT, que proscreve a alteração prejudicial do contrato de emprego, mesmo quando o contrato é alterado com a formal anuência do empregado. Com efeito, não há, idealmente, alteração mais prejudicial que aquela que resulta em redução do salário.

Existiam, então, duas claras exceções à regra – infraconstitucional – da irredutibilidade do salário: a redução transitória, em hipótese de força maior, não superior a 25% (artigo 503 da CLT), e a redução salarial prevista em acordo coletivo de trabalho, em razão de conjuntura econômica adversa e por no máximo três meses, também não superior a 25% do salário contratual (artigo 2º da Lei 4923, de 1965).

Em 1988, o princípio da irredutibilidade foi erigido ao nível constitucional e, no mesmo passo, permitiu-se que o salário fosse reduzido mediante negociação coletiva. Em outras palavras, o princípio foi elevado ao patamar mais elevado das categorias normativas, mas ali mesmo foi relativizado.

---

[120] TST, RR 385775/97.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen, Ac. 1ª Turma, *apud* Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 328.

[121] Essa divisão e a denominação dos princípios repetem as que foram adotadas, em festejado Curso de Direito do Trabalho, por Mozart Victor Russomano.

Os teóricos do direito do trabalho não tardaram a perceber que o artigo 503 da CLT perdera o seu fundamento de validade, pois, mesmo em caso de força maior, há, agora, a necessidade de norma coletiva para que o salário seja reduzido.

Grassa controvérsia, entretanto, quanto a se aplicar o prazo de três meses previsto no artigo 2º da Lei 4923, de 1965, quando acordo coletivo de trabalho dispuser sobre a redução salarial para fazer face a circunstâncias da economia. Em rigor, estamos a cuidar de norma benéfica ao empregado e o *caput* do artigo 7º da Constituição valida as normas mais favoráveis ao trabalhador urbano ou rural. O contra-argumento é alusivo, porém, à força da autonomia privada coletiva nos assuntos cuja regulação lhe fora entregue pelo poder constituinte.

Ao estudarmos a distinção entre remuneração e salário, restou claro que a parcela remuneratória somente se torna irredutível quando se converte em salário, sendo, o mais das vezes, atraída pelo núcleo salarial em virtude de sua habitualidade. Apenas a atribuição econômica que se reveste das características de parcela *salarial* está protegida pelo princípio da irredutibilidade, dada a ênfase com que se apresenta, nela, a natureza alimentar.

Surtindo igual efeito, o fato de os componentes do salário serem habituais é considerado quando a jurisprudência trabalhista constrói fórmulas jurídicas inspiradas no desejo de assegurar estabilidade financeira ao empregado. O recebimento de uma parcela por longo tempo a faz integrar-se ao patrimônio do empregado, dele não podendo, mais, ser subtraída.

Relembramos, ainda, que o salário pode ser *fixado* por unidade de tempo ou de obra, regra geral. Há *fixação* de um valor nominal (R$ 600,00, *exempli gratia*) para um certo tempo de trabalho ou, na outra hipótese, a *fixação* de um valor (R$ 2,00) ou de uma percentagem (2%) para cada peça fabricada ou vendida.

O salário, que é *fixado*, não pode sofrer redução, isso não obstando que o valor mensal do salário por unidade de obra oscile segundo o desempenho do empregado. A vedação incidiria se o empregado tivesse a sua comissão reduzida de 2% para 1%, malgrado assim sucedesse em um mês cujas vendas o fizessem receber, sem embargo dessa redução percentual, um total de comissões maior que o do mês anterior.

Abomina o direito do trabalho a redução direta do salário e, por igual, aquela que se dá por via oblíqua, disfarçada, através da retenção ou do desconto indevido. É o que veremos à análise dos demais princípios.

9.5.2 Princípio da integridade do salário

O princípio da integridade do salário se realiza no postulado seguinte: *o empregado deve receber salário justo e integral, mesmo quando o seu valor não foi previamente ajustado*.

9.5.2.1 A integridade do salário e sua determinação supletiva

O conceito de *salário justo* é relativizado pelo direito, pois não equivale à real utilidade do trabalho, como se daria se tratássemos de uma relação de empreitada ou não estivéssemos em um sistema capitalista de produção, com atenção voltada à necessidade de

se resguardar a parte que corresponde ao lucro do empregador. A justeza do salário está emoldurada no artigo 460 da Consolidação das Leis do Trabalho, *verbis:*

> "Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante".

Logo, o fato de o empregado e o empregador não terem acertado, ao início do vínculo, o exato valor do salário, não importa o direito mínimo, vale dizer, não dará direito ao empregado de receber apenas o salário mínimo legal. O parâmetro, em vez disso, será o salário do empregado que exercer função semelhante na mesma empresa ou, não havendo tal empregado, o salário que usualmente se pagar aos exercentes da citada função.

Poderá o empregado, assim, ajuizar ação trabalhista com vistas à *determinação supletiva* de seu salário pela Justiça do Trabalho. Aliás, autores há que defendem, a nosso ver com razão, a possibilidade de o empregado se valer, por analogia, do citado artigo 460 da CLT para postular a revisão de seu salário, sempre que surpreendido, em meio ao pacto, pelo aumento da quantidade de trabalho que lhe é cobrada pelo empregador[122]. É pena que essa norma, conotativa de civilidade, seja dificilmente utilizada em conjunturas econômicas que favorecem o desemprego, pois sabe o empregado que põe sob ameaça o seu disputado posto de trabalho se pedir, em juízo, a revisão de seu salário.

9.5.2.2. A integridade do salário e a vedação de descontos

Versa o princípio da integridade sobre salário justo e também sobre salário integral, o que importa a vedação de descontos salariais. Atendendo a circunstâncias da realidade, o legislador proibiu os descontos de salário no artigo 462 da CLT, mas ressalvou, no mesmo dispositivo e em seu parágrafo primeiro, as exceções a essa regra, autorizando os descontos seguintes:

a) dedução de adiantamento de salário;

b) determinação em lei, a exemplo do imposto de renda retido na fonte e da contribuição previdenciária;

c) descontos previstos em norma coletiva, como a contribuição assistencial devida a sindicatos;

d) dedução do valor correspondente ao dano, doloso ou intencional, praticado contra o patrimônio do empregador;

e) ressarcimento do dano culposo, ou seja, do dano não intencional[123], cometido por inadvertência, imprudência ou imperícia do empregado, sendo esse desconto por dano culposo condicionado à expressa previsão contratual.

---

[122] Cf. VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência.* São Paulo: LTr, 1996. p. 272. O autor afirma secundar Clóvis Salgado.

[123] Quando a autorização para o desconto por dano culposo é discutida em dissídio coletivo do trabalho, adota-se, a princípio, a orientação contida no Precedente Normativo n. 118 do TST: "Não se permite o desconto salarial por quebra de material, salvo nas hipóteses de dolo ou recusa de apresentação dos objetos danificados, ou ainda, havendo previsão contratual, de culpa comprovada do empregado".

O tempo passou e novas modalidades de desconto, envolvendo o empregado, fizeram surgir uma séria discussão, na jurisprudência trabalhista, sobre a possibilidade de o empregador descontar, por exemplo, prêmios mensais de seguro de vida e mensalidade de planos de assistência médica ou odontológica.

Sustentava-se, por um lado, que os novos descontos não foram previstos no artigo 462 da CLT porque tratam de uma realidade que não era vivenciada pelo legislador de 1943, sendo indicativo de sua licitude o fato de os empregados utilizarem os serviços garantidos nos tais contratos de assistência médica e hospitalar, quando deles precisam. Os adversários da referida tese lembravam, porém, a possibilidade de o empregador obter autorização para os descontos em norma coletiva – sendo indício de coação econômica a não utilização desse meio de validar tais descontos – e, também, o fato de eles serem autorizados, quase sempre, em documentos inseridos em meio a outros muitos, que o empregado assina em seu momento de admissão, premido pela necessidade de não perder a oportunidade de emprego.

Após intensa discussão, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 342, que alargou a possibilidade do desconto e, inclusive, transferiu ao empregado o ônus de provar o caráter coativo de sua autorização. *Verbis:*

> Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa dos seus trabalhadores, em seu benefício e dos seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

A) O desconto salarial e o risco da atividade econômica. Recebimento de cheques sem fundo por frentistas. Dano por colisão de veículo por culpa de motorista. As diferenças de caixa e a gratificação *quebra-de-caixa*

Outra situação, que por vezes congestiona a pauta da Justiça do Trabalho, é aquela atinente ao desconto de valores correspondentes a cheques sem provisão de fundos, recebidos por frentistas de postos de combustíveis. Entre a alternativa de permitir, incondicionalmente, que o desconto fosse perpetrado e, de outro lado, a opção de negar essa faculdade ao empregador – o que permitiria a empregados imprevidentes a elevação do risco empresarial (através do recebimento de cheques suspeitos) e a empregados inescrupulosos a troca não autorizada de cheques suspeitos por dinheiro do caixa do empregador –, a Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho uniformiza o seu entendimento através da orientação jurisprudencial n. 251:

> É lícito o desconto salarial referente à devolução de cheques sem fundos, quando o frentista não observar as recomendações previstas em instrumento coletivo.

Sempre existe alguma dificuldade de dirimir os conflitos em que se digladiam a regra de o risco da atividade econômica recair apenas sobre o empregador e, no outro lado, o direito de o empregador estabelecer regras de conduta, exigíveis do empregado, que reduzam o risco empresarial. Assim se dá não somente na realidade dos frentistas de postos de combustíveis, mas também em relação a motoristas, quanto a multas por infração culposa de normas de trânsito ou mesmo pequenas colisões, escusáveis ante a exigência de perícia sobre-humana nos centros urbanos mais congestionados. Não raro, surgem normas coletivas disciplinando, em alguns casos vedando, essa possibilidade de desconto salarial.

No meio mais restrito dos operadores de caixa, especialmente dos caixas bancários, a experiência jurídica tem consentido a instituição de gratificação intitulada *quebra-de-caixa* que serve para compensar a obrigação, atribuída então ao empregado, de pagar as diferenças contábeis acaso verificadas no caixa, por ele operado. Quando resta claro que a gratificação se destina, estritamente, a tal desiderato, parece-nos razoável que se autorize o desconto das diferenças de caixa, dada a responsabilidade maior que se comete aos que lidam, diretamente, com a circulação do dinheiro.

B) O desconto da contribuição assistencial

Há, enfim e nessa seara do desconto salarial, uma questão que mereceu mais intensa reflexão da doutrina e da jurisprudência trabalhista, qual seja, a da contribuição assistencial. Cuida-se de contribuição que reverte em favor do sindicato, à semelhança da contribuição sindical[124], da contribuição social ou associativa[125] e da contribuição confederativa[126].

A contribuição assistencial seria uma *quota de solidariedade* a que se obrigariam os empregados que, embora representados pelo sindicato em razão da unicidade sindical, não eram dele associados.

Esses empregados, *não sindicalizados*, beneficiam-se das conquistas obreiras obtidas na negociação coletiva, levada a efeito pelo sindicato que detém o monopólio da representação de sua categoria profissional, numa dada base territorial. Porque os empregados *sindicalizados* já pagam a contribuição social ou associativa, parece justo que os empregados que não a recolhem paguem a contribuição assistencial.

Com o intuito de evitar a utilização da contribuição assistencial como uma forma dissimulada de o sindicato impor a sindicalização, contrariando o princípio da liberdade sindical, o Tribunal Superior do Trabalho condicionou o seu desconto à não oposição do trabalhador, que poderia ser manifestada à empresa até dez dias antes do primeiro pagamento reajustado[127]. Restou induvidosa, ademais, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho, como guardião dos interesses trabalhistas indisponíveis, para ajuizar ação com vistas à anulação de cláusulas de convenção coletiva que previssem a contribuição assistencial sem ressalvar o direito de o empregado opor-se ao seu desconto[128].

---

[124] *Vide* estudo nosso sobre a inconstitucionalidade da contribuição sindical: CARVALHO, Augusto César Leite de. Contribuição sindical – direito de não a receber. *In:* Temas relevantes de direito material e processual do trabalho. Coordenação de Carla Teresa Martins Romar e Otávio Augusto Reis de Sousa. São Paulo : LTr, 2000. p. 508.

[125] Prevista nos estatutos da entidade sindical, obrigando apenas os associados.

[126] Deliberada por assembléia geral do sindicato, que geralmente autoriza a sua previsão em norma coletiva, para custear o sistema confederativo (artigo 8º, IV, da Constituição). Não raro, a jurisprudência estabelece uma conveniente sinonímia entre a *contribuição assistencial* e a *contribuição confederativa*, como se nota no Precedente Normativo n. 119, transcrito no texto.

[127] Conforme antigo Precedente Normativo n. 74 do TST.

[128] *Vide* art. 83 da Lei Complementar n. 75, de 1993, inciso IV, que diz competir ao Ministério Público do Trabalho "propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos indisponíveis dos trabalhadores".

Quando tudo estava assim assentado, o Tribunal Superior do Trabalho foi instado a decidir sobre a constitucionalidade da cobrança da contribuição assistencial aos não associados, editando então, para surpresa de muitos e nosso desconforto intelectual, o Precedente Normativo n. 119, *litteris:*

> Contribuições sindicais. Inobservância de preceitos constitucionais: A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

Em última análise, o precedente normativo, que serve à orientação do próprio Tribunal Superior do Trabalho e dos tribunais regionais no julgamento de dissídios coletivos, está a consagrar uma malfazeja sinonímia entre as contribuições assistencial e confederativa, a par de desnaturar a primeira delas, carece de sentido cobrar apenas dos empregados sindicalizados uma contribuição que se justifica como uma quota de solidariedade dos não sindicalizados. Em nosso socorro, cabe lembrar a orientação que emana do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT[129]:

> "Em um caso no qual a lei autorizava a cobrança de uma quota de solidariedade pelo sistema de desconto em folha, de trabalhadores que não eram associados ao sindicato parte em uma convenção coletiva, mas que desejavam beneficiar-se de suas disposições (valor da quota: inferior a dois terços das quotas pagas pelos trabalhadores associados ao sindicato), o Comitê entende que este sistema, embora não coberto pelas normas internacionais de trabalho, não parece em si mesmo incompatível com o princípio de liberdade sindical".

Além disso, a desnaturação da contribuição assistencial impede que um mecanismo bem elaborado, que permite sejam contrabalançados o ônus do associado com o bônus do não associado, seja usado com o propósito de restabelecer o equilíbrio entre os sindicalizados e os que não o são. A resistência da maior corte regional do Brasil, com sede em São Paulo, bem diz a necessidade de ser revista, ao menos num ambiente de monismo sindical, o mencionado precedente normativo. Assim decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região[130]:

> Não paira dúvida de que a categoria congrega todos os trabalhadores, quer sejam sindicalizados ou não. Disso resulta que pertencer à categoria e ser ou não sindicalizado são duas coisas distintas. Pertencer à categoria independe do trabalhador, posto que é uma questão de classificação. Já ser ou não sindicalizado é fator que depende da sua vontade. Se a assembléia geral fixar a contribuição, esta será devida para toda a categoria, pena de afrontar-se conceitualmente o termo *categoria.* Categoria é o todo, associados e não associados e não somente associados. Não se pode excluir dos benefícios das normas coletivas os trabalhadores não sindicalizados, justamente porque pertencem à categoria, pouco importando sejam ou não sindicalizados. O direcionamento jurisprudencial

---

[129] *Apud* ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, economia, estado democrático*: estudos. São Paulo : LTr, 1993. p. 116 (O autor faz remissão: OIT. "La libertad sindical", 3ª ed., Genebra, 1985, p. 69, n. 324).

[130] TRT 2ª Região, RO 02980452909, Ac. 5ª T. 19990440630, 24.8.99, Rel. Juiz Desig. Francisco Antonio de Oliveira, Revista LTr 65-01/52.

> da mais alta Corte Trabalhista (Precedente Normativo n. 119) traduz incentivo a que os trabalhadores não mais se filiem aos seus sindicatos.

Renovam-se, portanto, os auspícios de que se modifique a orientação da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho.

9.5.3 Princípio da intangibilidade do salário

O salário é intangível, intocável, é o alimento que garante a dignidade do trabalhador, pois atende à sua necessidade básica de sobrevivência. Essa intangibilidade revela-se através de regras jurídicas que protegem o salário contra a imprevidência do empregador ou do próprio empregado, como se pode notar em seguida.

9.5.3.1 Proteção contra a imprevidência do empregador. Falência do empresário empregador. Recuperação judicial e extrajudicial do empregador. Liquidação extrajudicial da sociedade empregadora

Era da tradição do direito brasileiro assegurar ao crédito trabalhista a categoria de crédito privilegiado, sem ressalvas.[131] Mas a mais nova Lei de Falências (Lei 11.101, de fevereiro de 2005), em seu artigo 83, I, traz clara limitação a essa posição preferencial, pois assim se reporta ao crédito que prefere a todos os demais: "os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho".

Ao expressar-se assim, o legislador está tratando do crédito trabalhista no processo de falência, sendo conveniente observar que a citada lei regula não somente a falência, mas igualmente inova o processo de recuperação judicial e a recuperação extrajudicial, afastando de nosso ordenamento, definitivamente, o instituto da concordata.

A recuperação extrajudicial não se presta ao escalonamento de dívidas trabalhistas, consoante esclarece o artigo 161, §1º, da Lei 11.101, de 2005. Não é assunto que devamos abordar neste curso, por conseguinte.

Já sobre a recuperação judicial, cabe notar que a situação do crédito trabalhista, nesse outro procedimento, está contemplada em disposição específica da citada Lei 11.101, a saber:

> Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.
>
> Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Enquanto estiver em curso o prazo previsto no plano de recuperação judicial (delimitado na proposta do empresário devedor ou por deliberação da assembléia geral de credores), o juízo que a deferiu ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam (artigo 52, II).

---

[131] *Vide* art. 449 da CLT

Mas essa suspensão não poderá durar mais de cento e oitenta dias (art. 6º, §4º, da mesma Lei 11.101)

Salvo quando cometem irregularidades enumeradas na lei, os gestores da sociedade empresária em processo de recuperação judicial não se afastam do seu comando, embora exerçam a direção da empresa sob a fiscalização do Comitê de Credores, se houver, e do administrador judicial (artigo 64 da Lei 11.101). *Mutatis mutandis*, essa regra pareceria conspirar para que se aplicasse, nos casos de recuperação judicial, a orientação contida na antiga Súmula 227 do STF para os casos de concordata, qual seja, a de que não haveria embaraços à execução do crédito nem a reclamação do empregado na Justiça do Trabalho. É certo, contudo, que todas as ações judiciais se suspenderão, por até seis meses, durante a execução do plano de recuperação judicial já antes aprovado, conforme sobrevisto.

Voltando à falência, convém resgatar o antigo dissenso doutrinário e jurisprudencial sobre o juízo competente para executar dívidas trabalhistas contra massas falidas. Confrontava-se a previsão do artigo 114 da Constituição, que dizia ter competência a Justiça do Trabalho para julgar os dissídios que tinham origem no cumprimento de suas sentenças[132], com a prudência de se remeter ao juízo (cível) da falência a tarefa de estabelecer a ordem dos pagamentos, de modo a impedir que trabalhadores com execução judicial nas Varas do Trabalho tivessem privilégio em relação aos empregados que habilitassem seus créditos perante o juízo falimentar, diretamente.

A controvérsia parece agora dirimida pelo artigo 6º, §2º, da Lei 10.101, porque nele está previsto que "as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei[133], serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença". Sobremodo em razão de a antiga redação do artigo 114 da Constituição não ter sido preservada pela Emenda Constitucional 45 (no que tange à competência da Justiça do Trabalho para julgar dissídios pertinentes ao cumprimento de suas sentenças), não serão suscitadas dúvidas, decerto, quanto à eficácia da referida norma de competência.

Concluindo o estudo relativo à proteção do empregado nos casos de imprevidência do empregador, falta tratar da liquidação extrajudicial. No ponto que interessa, está assinalado no artigo 18 da Lei 6.024, de 1974 que a decretação da liquidação extrajudicial pelo Banco Central produzirá, de imediato, os seguintes efeitos, *ipsis litteris*:

> a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;
>
> b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;
>
> c) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial;

---

[132] Tal como previam os artigos 5º e 29 da Lei 6.830, de 1980, em relação aos créditos tributários, afastando-os da apreciação do juízo da falência, pretensamente universal.

[133] A impugnação pode ser concernente inclusive ao valor do débito e estão legitimados para opô-la não apenas o devedor, mas também os seus sócios, outros credores e o Ministério Público (art. 8º da Lei 10.101/2005).

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

e) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição;

f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

A intenção do legislador foi, induvidosamente, a de equiparar os efeitos da liquidação decretada pelo Banco Central aos da falência declarada pelo juiz. Entretanto, em pelo menos dois momentos a jurisprudência trabalhista mostra-se refratária a essa política legislativa. É o que se percebe ao se consultar a orientação jurisprudencial n. 143 da SDI 1 do TST: “A execução trabalhista deve prosseguir diretamente na Justiça do Trabalho mesmo após a decretação da liquidação extrajudicial. Lei nº 6.830/80, arts. 5º e 29, aplicados supletivamente (CLT, art. 889 e CF/1988, art. 114)”. Na mesma trilha de resistência ao preceito legal, recomenda a Súmula 304 do TST:

> Os débitos trabalhistas das entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial estão sujeitos a correção monetária desde o respectivo vencimento até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, não incidindo, entretanto, sobre tais débitos, juros de mora.

9.5.3.2 Proteção contra a imprevidência do empregado. Incessibilidade. Impenhorabilidade absoluta

Quando o empregado é imprevidente, fazendo despesas incompatíveis com o seu ganho salarial ou não estimando, convenientemente, os limites virtuais de seus gastos, a ordem jurídica também o protege, no tocante à incolumidade de seu salário, que não pode ser objeto de cessão nem penhora.

O tema da incessibilidade (impossibilidade de cessão) está intimamente relacionado com os limites de licitude dos descontos salariais, já vistos ao exame do princípio da integridade. Cabe lembrar, apenas, que *cessão* é a forma de alienação de bens incorpóreos – vendem-se terrenos, casas e carros; cedem-se direitos. Em acréscimo ao que foi analisado a propósito dos descontos, basta dizer que o empregado não pode ceder a terceiro, menos ainda ao empregador, o direito de receber o salário correspondente à disponibilidade de sua força de trabalho. Regra geral, toda prestação de natureza alimentícia é insusceptível de cessão.

Sobre a impenhorabilidade, vale dizer, acerca da impossibilidade de o salário servir como garantia (constrição judicial) para o pagamento de outros débitos do empregado, o artigo 649, IV, do Código de Processo Civil inclui, entre os bens impenhoráveis, "os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia". A lei põe a salvo os alimentos devidos pelo empregado, pela razão óbvia de que está a cuidar de crédito revestido da mesma natureza (alimentar) que confere ao salário a sua intangibilidade.

Os tribunais da Justiça Comum, perante os quais é normalmente invocada a garantia da intangibilidade do salário, têm enfatizado que não somente as parcelas estritamente salariais, mas todas e quaisquer verbas inerentes ao contrato de trabalho,

mesmo aquelas que são indenizadas ao tempo da despedida, incluem-se no conjunto dos bens impenhoráveis[134].

A doutrina trabalhista ressalva, contudo, a possibilidade de se entender, *de lege ferenda*, que nos casos em que altos-empregados vencem elevados salários a garantia da intangibilidade estaria restrita à quantia necessária à provisão de alimentos, dada a *ratio* da norma sob comento. É incipiente, porém, a elaboração teórica nesse sentido, salientando Amauri Mascaro Nascimento[135] que a impenhorabilidade prevista no Código de Processo Civil é *absoluta*, não se confundindo com a impenhorabilidade *relativa* (até um quinto do salário), em voga no direito italiano, nem com a impenhorabilidade *proporcional*, consagrada pelo direito argentino (maior, na proporção do salário).

9.5.4 Princípio da igualdade de salário

O princípio da igualdade aspira à universalidade. Não se traduz, no âmbito do direito do trabalho, apenas como o direito de um empregado exigir salário igual ao do seu colega, por um justificado anseio de isonomia, que estaria fundado no artigo 461 da CLT. Mais que isso, o empregado pode se valer do artigo 5º da Constituição para postular jornada igual, ambiente de trabalho igualmente saudável e, enfim, a igualdade em todas as suas dimensões.

A dificuldade reside em identificar, ante caso concreto, uma tal similaridade de condições que renda ensejo, com efeito, ao tratamento isonômico, pois o princípio da igualdade também se realiza, bem é sabido, mediante o trato desigual em relação aos desiguais. A lição é de Celso Antônio Bandeira de Mello[136], *verbis:*

> As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida (...). Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Mesmo no tocante ao salário, há sempre a possibilidade de o empregador estabelecer, informalmente, um nível salarial para todos os empregados exercentes de certa função e um seu empregado, sem enquadrar essa lide no artigo 461 da CLT, exigir, em juízo, o salário assim assegurado. Em suma, o princípio da igualdade não faz restrições ao vínculo de emprego, devendo concretizar-se também neste e em toda sua amplitude.

9.5.4.1 Os pressupostos da equiparação salarial com empregado brasileiro

A situação mais comum, porém, é decerto aquela em que um empregado pede para ser equiparado, no que tange ao salário, a outro empregado brasileiro[137]. O legislador infraconstitucional optou por prevenir o litígio, especificando, desde logo, as condições

---

[134] Anotando essa orientação jurisprudencial, Theotonio Negrão faz as seguintes remissões: RT 618/198 e JTA 98/145.

[135] *Op. cit.* p. 154.

[136] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo : RT, 1978. p. 24.

[137] Quando o empregado paradigma não é brasileiro, sendo-o o equiparando, aplicam-se outros parâmetros, fixados no artigo 358 da CLT, como adiante se verá.

físicas ou corpóreas que justificam a igualdade salarial[138]. Fê-lo no artigo 461 da CLT, *in verbis:*

> "Art. 461 – Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.
>
> § 1º – Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.
>
> § 2º – Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.
>
> § 3º – No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antingüidade, dentro de cada categoria profissional.
>
> § 4º – O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial".

A leitura do dispositivo não nos traz, a bem ver, uma lista dos elementos de discriminação, ou seja, das características do trabalho que, por serem desiguais, impediriam a equiparação salarial. *A contrario sensu* e com melhor técnica, há, na norma, a indicação de quais os caracteres comuns ao trabalho do equiparando e do paradigma, que permitem àquele exigir a equiparação de seu salário ao deste. Os pressupostos da equiparação salarial são os seguintes:

> I) *Idêntica função* – o equiparando e o paradigma devem exercer funções idênticas, ou melhor, a mesma função. Quando o tema é equiparação salarial, interessa a *função*, importando menos o *cargo* e as *tarefas* singulares. *Função* é a atribuição ou o conjunto de atribuições em sua essência (desprezam-se tarefas secundárias), mas na dimensão do real (do que realmente acontece); é o conteúdo ocupacional do empregado sob a perspectiva do que há, nele, de essencial e é, de fato, levado a efeito, em sua prática diária[139]. O *cargo* é também uma unidade de atribuições, mas a sua dimensão é apenas a ideal, ou seja, reflete um elenco de deveres funcionais (uma função) que pode, ou não, se

---

[138] Tarso Fernando Genro (GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 1994. p. 208) observa que, ao regrar a equiparação salarial, o legislador reduziu o alcance do princípio da igualdade de salários, consagrado no artigo 7º, XXXII, da Constituição. A nosso pensamento, a crítica é demasiadamente severa, pois os elementos de discriminação referidos no artigo 461 da CLT são úteis à verificação dos pontos de desigualdade, que justificam o tratamento desigual. Mas o autor tem razão, indiscutivelmente, quando afirma, reportando-se ainda ao princípio constitucional, que "na verdade, os dispositivos que regulam a isonomia só devem deixar de ser aplicados se o próprio quadro (de carreira) adapta a sua estrutura à norma constitucional e não se torna um mero escudo de disparidades".

[139] Para Magano, secundado por Rodrigues Pinto (*op. cit.* p. 299), "a função corresponde à atividade concretamente exercida pelo empregado, atividade essa que se decompõe em diversas tarefas". Em igual sentido, Tarso Genro (*op. cit.* p. 209) nota que "não importa a nomenclatura da função, mas o seu desdobramento prático, que também não se mede pelo resultado, mas pelo elenco de movimentos e/ou operações intelectuais".

realizar. O empregado investido no *cargo* de vendedor estará, presumivelmente, a realizar vendas, mas poderá alegar e provar que exerce *função* mais elástica, fazendo entrega e cobrança das mercadorias que vende, ou mesmo que a sua real função não corresponde àquela que seria inerente ao cargo de vendedor, prevalecendo, então, o princípio da primazia da realidade. Usando, ainda, o exemplo do vendedor, cabe notar que *tarefas* singelas, como a de etiquetar a mercadoria ou a de promover a venda de uma certa linha de produto, podem, ou não, compor a essência da *função* de vendedor, a depender do exame de cada caso concreto.

II) *Trabalho de igual valor* – o artigo 461, §1º, define o que vem a ser trabalho de igual valor, referindo-se, então, à *igual produtividade*, à *mesma perfeição técnica* e ao tempo de exercício da função. *Produtividade* significa *capacidade de produzir*, não sendo o mesmo que *produção*[140]. O empregado que não é assíduo pode produzir pouco, mas revelar uma produtividade superior à do empregado que não falta ao trabalho. A *perfeição técnica* que se exige é aquela que faz o produto ou o serviço realizado pelo equiparando ter a mesma *qualidade* do produto ou serviço realizado pelo paradigma. Com precisão cirúrgica, Tarso Genro[141] observa que "a perfeição técnica deve ser perquirida em função do que exige o produto em fabricação (ou o serviço em execução) e não na forma abstrata de quem pode fazer melhor". Enfim, se o paradigma estiver ou esteve exercendo a função por mais tempo que o equiparando e essa diferença de tempo for superior a dois anos, descaracterizado estará o trabalho de igual valor. Malgrado o dispositivo legal faça menção ao tempo de serviço, há jurisprudência assente no sentido de que interessa, como sobredito, o tempo de exercício da função[142].

III) *Mesmo empregador* – o equiparando e o paradigma devem prestar serviço para o mesmo empregador. Essa regra, de fácil inteligência, ganha alguma complexidade quando o interessado invoca a figura do *empregador único*, com esteio numa interpretação possível do artigo 2º, §2º, da CLT. Quando o dispositivo é interpretado no sentido de que está ele a consagrar também a solidariedade ativa, um empregado pode pedir equiparação com um paradigma que exerce a mesma função e trabalho de igual valor, embora o faça em outra empresa do grupo econômico a que pertence o seu empregador.

IV) *Mesma localidade* – o equiparando e o paradigma devem prestar ou ter prestado trabalho na mesma localidade, o que não importa dizer "mesmo estabelecimento". Houve tempo em que a jurisprudência trabalhista adotou o entendimento de que *mesma localidade* significaria *mesma região sócio-econômica*, viabilizando, assim, que empregados com igual custo de vida devessem apresentar salário com igual poder aquisitivo. Em municípios

---

[140] Cf. Rodrigues Pinto. *op. cit.* p. 300. Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio. Equiparação salarial. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo : LTr, 1993. p. 312) completa: "Mas não a capacidade teórica – e sim a que o empregado revela ter, efetivamente".

[141] *Op. cit.* p. 209.

[142] *Vide* Súmula 6, II, do TST: “Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego”.

contíguos, não é razoável a discrepância de salários. Mais adiante, o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição quanto a *mesma localidade* significar *mesmo município,* ou até *mesma cidade*[143]. Finalmente, o TST adotou orientação dialética, mais justa, ao recomendar, através do item X da Súmula 6 de sua jurisprudência: "O conceito de *mesma localidade* de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana".

V) *Contemporaneidade* – embora a norma legal não exija, ao menos expressamente, a contemporaneidade dos serviços prestados pelo equiparando e pelo paradigma como um pressuposto do direito à equiparação salarial, é certo dizer que doutrina e jurisprudência trabalhistas adotam essa orientação, qual seja, a de que a função deve ser exercida à mesma época, pois, como lembra Márcio Túlio Viana[144], "a situação – ou, talvez, a sensação – de injustiça nasce quando se têm, lado a lado, pessoas exercendo a mesma função, com igual empenho, e, sem qualquer razão, recebendo tratamento diferente". O que justifica essa exigência de contemporaneidade é o entendimento de que se insere no poder diretivo do empregador promover a sucessão de um empregado por outro, contratando o empregado sucessor mediante salário menor que o pago ao empregado antecedente.

Alguma polêmica se criou em torno da discussão sobre as equiparações salariais poderem se comunicar, ou seja, indagava-se a possibilidade de um empregado, que obteve a equiparação salarial em juízo, servir de paradigma para outros empregados. A princípio, não havia óbice a essa postulação, pois se pressupunha que o salário maior, assegurado em processo judicial, seria o salário mais justo, para aquele empregado e para tantos outros que provassem exercer a mesma função. A jurisprudência amadureceu o bastante para alcançar, contudo, o ponto ótimo, que viria a ser a orientação contida na Súmula 6, VI, do TST:

> Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto quando decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.

Também se dissente sobre ser possível o empregado, que exerce trabalho intelectual, postular a equiparação de salário com outro que exerça a mesma função, malgrado a dificuldade de se perquirir, em tal caso, o trabalho de igual valor. Argumenta-se, por exemplo, que não há como avaliar a qualidade do serviço de um advogado, ou mesmo de um jogador de futebol ou de um animador de programa televisivo, que agregam a tarefas manuais ou físicas um coeficiente individual de esforço intelectivo, distinguindo-se, um do outro, nessa medida.

---

[143] "Equiparação salarial - Mesma localidade. No art. 461 da CLT a expressão "mesma localidade" para efeitos de isonomia salarial indica o local em que o empregado presta serviços, na mesma cidade. Desse modo, a prestação de serviço em municípios distintos constitui fato impeditivo do acolhimento do pedido de equiparação salarial, já que o panorama do custo de vista não é idêntico. Recurso conhecido e não-provido" (TST, SBDI – I, Rel. Min. Leonaldo Silva. Ementário SDI – 21 – AGO/98, p. 27)

[144] *Op. cit.* p. 315.

É forte, porém e neste momento, o entendimento contrário, pois iterativas decisões do Tribunal Superior do Trabalho têm consagrado, após intensos debates, o direito de o trabalhador intelectual exigir, em seu favor, o cumprimento do artigo 461 da CLT[145], como se pode extrair da Súmula 6, VII, da jurisprudência daquela Corte:

> Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos.

Outra questão tormentosa foi aquela atinente à natureza da pretensão, pois se supôs, inicialmente, que a sentença judicial, ao reconhecer o direito à equiparação salarial, teria natureza constitutiva, por isso não podendo um empregado requerê-la quando já não estava mais a prestar serviço para a empregadora que o havia discriminado, no tocante ao salário. Não tardou o Tribunal Superior do Trabalho a dirimir a questão, .editando o item VI da súmula 6 de sua jurisprudência:

> É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.

Resta dizer que a equiparação salarial sofre restrições no âmbito da administração pública, sendo possível entre empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista[146], mas não o sendo para servidores celetistas da administração direta, bem assim das autarquias e fundações públicas, como ressalta a orientação jurisprudencial n° 297 da SDI I do TST.

Por derradeiro, a exigência de *mesma localidade* não impede que o empregador, público ou privado, obrigue-se a pagar o mesmo salário para empregados que lhe prestem serviço em todos os seus estabelecimentos, situados em municípios ou mesmo em Estados

---

[145] TST, Ac. SBDI1-5422/97, Proc. Nº TST-AG-E-RR-197.754/95.1, Rel. Min. Milton de Moura França, Ementário SDI - 17 - ABR/98, p. 52. Em seu voto, o ministro relator transcreve excerto da obra de Arnaldo Süssekind, em que este autor proscreve a equiparação de salário entre trabalhadores intelectuais: "Não obstante de aplicação geral (artigo 461 da CLT) certo é que, na prática, a regra do salário igual para trabalho de igual valor dificilmente poderá determinar a equiparação salarial entre empregados cujo trabalho seja de natureza intelectual ou artística. É que o valor das prestações de serviços intelectuais ou artísticos não pode ser aferido por critérios objetivos, dificultando, senão impossibilitando, a afirmação de que dois profissionais empreendam suas tarefas com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica. Entre dois advogados de uma empresa, dois cantores de uma emissora radiofônica, dois atletas profissionais de uma equipe de futebol poder-se-ia verificar se o trabalho realizado é de igual valor? Cremos que não. E neste sentido firmou-se a jurisprudência" (*Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. I. São Paulo: LTr, 1991. pp. 412/413). Há referência, ainda, à obra de renomados autores de direito do trabalho, que relativizam, em última análise, a exigência de identidade funcional, a exemplo de Délio Maranhão: "Primeira condição, e fundamental, para a isonomia de salários é a identidade da função. Mas a mesma função pode compreender em número, maior ou menor, de serviços. O fato de, eventualmente, existir diferença entre os serviços executados por ocupantes de igual função, que se podem, no entanto, substituir uns aos outros sem alteração funcional, não lhes tira o direito à equiparação de salário" (*Direito do Trabalho.* 13ª edição, Rio de Janeiro: FGV, 1985. p. 192); e Sergio Pinto Martins: "Não se pode dizer que a identidade de funções deva ser plena ou absoluta, mas apenas que as atividades do modelo e do equiparando sejam as mesmas, exercendo os mesmos atos e operações. Se as partes envolvidas não exercem os mesmos atos e operações, não desempenham a mesma função. É desnecessário, contudo, que as pessoas estejam sujeitas à mesma chefia ou trabalhem no mesmo turno, mas, sim, que executem as mesmas tarefas." (*Direito do Trabalho*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. pp. 230 e 231).

[146] *Vide* TST, 1ª Turma, RR-610.304/1999.6, DJ 17/12/04.

diversos. No caso, a equiparação salarial estará fundada no regulamento de empresa, que se prefere à norma legal, sendo mais favorável ao trabalhador que esta.

9.5.4.2 A existência de quadro de carreira – fato impeditivo da equiparação. Direito ao enquadramento

Ainda que estejam presentes todos os mencionados pressupostos da equiparação salarial, o empregador não está obrigado a atender a uma pretensão de tal ordem se o seu pessoal estiver organizado em quadro de carreira, que assegure promoções segundo os critérios de antigüidade e merecimento. Assim está previsto no artigo 461, §2º, da CLT.

Para impedir que o empregador forjasse um quadro de carreira com o objetivo único de se desvencilhar do dever imposto pelo *caput* do artigo 461 da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento de que o quadro de carreira deve ser homologado pelo Ministério do Trabalho. Essa exigência não está na lei, salvo para os casos em que o paradigma é um estrangeiro[147]. O item I da Súmula 6 do TST consagra essa construção jurisprudencial, "excluindo, apenas, dessa exigência (homologação pelo Ministério do Trabalho) o quadro de carreira das entidades de Direito Público da administração direta, autárquica e fundacional e aprovado por ato administrativo da autoridade competente".

Havendo quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho, poderá o empregado pedir o seu enquadramento no cargo e nível funcional a que tiver direito, sendo competente a Justiça do Trabalho para apreciar essa postulação[148]. Se o quadro de carreira não foi homologado, o empregador não o poderá opor ao pedido de equiparação salarial, mas nada obsta que o empregado perceba a violação de alguma de suas cláusulas, pelo empregador, exigindo o seu cumprimento em virtude de a cláusula transgredida ser uma condição mais benéfica que aquela a que está sujeito[149]. É bom notar que a exigência de homologação do quadro de carreira é imposta contra o empregador, não o sendo contra o empregado.

9.5.4.3 Equiparação salarial com estrangeiro

Sempre que o empregado equiparando é brasileiro e o paradigma é estrangeiro, o pedido de equiparação salarial deverá, segundo a letra da lei, estar alicerçado no artigo 358 da Consolidação das Leis do Trabalho, que não disfarça a sua inspiração na política nacionalista do Governo Vargas. Iniciativa mais recente do legislador veio a alterar a redação do artigo 353 da mesma CLT, o bastante para que não se aplique o citado dispositivo (artigo 358) aos estrangeiros que residam no Brasil há mais de dez anos, aqui possuindo filho ou cônjuge, e aos portugueses. Quando o paradigma é um deles e o

---

[147] *Vide* artigo 358 da CLT.

[148] *Vide* Súmula 19 do TST: "A Justiça do Trabalho é competente para apreciar reclamação de empregado que tenha por objeto direito fundado no quadro de carreira".

[149] Cf. Márcio Túlio Viana. *Op. cit.* p. 318. O autor menciona, ainda, hipóteses em que o quadro de carreira não afasta o direito à equiparação, a exemplo daquelas em que o quadro é omisso quanto ao cargo do equiparando e do paradigma, ou houve falha no enquadramento do paradigma, ou ainda quando há piso salarial, fixado em lei, sem que o quadro de carreira o contemple.

equiparando é brasileiro[150], a regra a ser adotada é, inexoravelmente, a do artigo 461 da CLT, antevista.

Como quer que seja, decerto que o agente do direito do trabalho não pode abstrair a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, positivada no artigo 5º da Constituição, ao aplicar o artigo 358 da Consolidação das Leis do Trabalho. Havendo a superação dessa justa pecha de inconstitucionalidade, caber-lhe-á consultar a estrutura normativa, para que possa, assim, perceber em que difere a equiparação entre brasileiro e estrangeiro.

Ao que se dessume do artigo 358 da CLT, a equiparação com trabalhador estrangeiro exige apenas a *analogia* entre as funções, não exigindo, portanto, a identidade funcional. Além disso, a variável *tempo no exercício da função* – novamente a lei faz referência, recusada pela doutrina trabalhista, ao *tempo de serviço* – é tratada de modo diferente, pois o que impede a equiparação do brasileiro com estrangeiro é o fato de o brasileiro contar menos de dois anos no exercício da função e de o estrangeiro contar mais de dois anos. Não se considera, como se pode notar, a diferença de tempo entre um e outro (como se procede na equiparação com brasileiro), mas, sim, o tempo de cada qual.

A alínea c do artigo 358 impede a equiparação de brasileiro com estrangeiro quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, não o sendo o estrangeiro. Por fim, a alínea d prescreve a inviabilidade da equiparação "quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa". Não há referência à perfeição técnica e, em vez de maior produtividade, o que se exige, como fato impediente da equiparação, é a maior produção. Intuímos, porém, que a razão está com Márcio Túlio Viana[151], quando este magistrado mineiro argumenta: "[...] pelo espírito da norma, parece-nos que, se a diferença de produção resultar dos meios postos à disposição do empregado – sendo, portanto, igual a produtividade – caberá a equiparação".

9.5.5 Princípio da certeza do pagamento do salário

A condição humana do empregador parece concorrer, episodicamente, para insuflá-lo à prática, absolutamente desleal, de forjar o pagamento do salário, desvirtuá-lo ou dizê-lo presumido, a pretexto de que homem algum trabalha sem receber a correspondente remuneração. É incompreensível que tantos anos de experiência trabalhista não tenham feito cessar, no Brasil, os processos judiciais em que se constata, à grossa vista ou mediante perícia grafotécnica, a falsificação material ou ideológica de recibos de pagamento. Nem sempre se irmanam, afinal, a civilização e a civilidade.

Como o salário é a garantia da sobrevivência do trabalhador e, por via reflexa, da preservação do sistema produtivo, a norma trabalhista solenizou o seu pagamento e o cercou de outras salvaguardas, sempre com vistas a não permitir que a remuneração pelo trabalho prestado fosse um ato duvidoso, incerto, suspeito.

9.5.5.1 A certeza que emana do *modo* de pagar o salário. O recibo de pagamento e o salário complessivo

O artigo 464 da CLT prescreve que "o pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante

---

[150] Se equiparando e paradigma são estrangeiros, que trabalham no Brasil, a regra aplicável é a do artigo 461 da CLT.
[151] *Op. cit.* p. 324.

sua impressão digital, ou, não sendo possível, a seu rogo". Com o intuito de conferir contemporaneidade a essa exigência de recibo, o parágrafo único de citado dispositivo acrescenta: "Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho".

Houve tempo em que se disse, com base em citado preceito de lei, que o pagamento mediante recibo era da substância do ato. Tinha-se-o por não realizado, quando o recibo não era apresentado pelo empregador. A jurisprudência trabalhista abrandou, porém, esse rigor, não apenas pela existência de outros documentos que podiam assegurar o pagamento de salário, a exemplo do cheque nominativo, como em virtude da admissão, pelo próprio empregado e em inúmeros processos, de que eram autênticas ou verdadeiras as fichas financeiras ou contracheques não assinados, trazidos aos autos pelo empregador. Mais que isso, ocorre de o empregado confessar, em juízo, o recebimento de salário não referido em recibo, restando conveniente que a verdade processual não se dissocie dos fatos reais.

Ainda assim, algum rigor subsiste na aplicação do artigo 464 da CLT, sendo incomum a aceitação de prova testemunhal, simplesmente, como apta a produzir a certeza do pagamento. Também resta incontroverso que o ônus de provar o pagamento do salário – fato extintivo da obrigação – é do empregador, inclusive do empregador doméstico, pouco importando se a este não se aplica o multicitado artigo 464 da Consolidação das Leis do Trabalho[152].

Inexiste, enfim, um modelo de recibo que seja recomendável, podendo ser usado, *exempli gratia*, um formulário impresso ou um texto manuscrito e improvisado. A única exigência é a de que sejam discriminados, nele, títulos e valores que se pagam. Quando inocorre essa discriminação das parcelas e respectivos valores, mas a referência a uma quantia global para a quitação de várias parcelas, diz-se que há *salário complessivo*, sendo enfática a Súmula 91 do Tribunal Superior do Trabalho: "Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador".

O verbete faz alusão a *cláusula contratual*, mas em sua esteira são recusados, também, os recibos que contêm a referência a salário complexo ou complessivo. Por exemplo, se o empregador fizer constar, em um recibo qualquer, que está quitando, mediante o pagamento de uma quantia global, o salário-base e mais horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade e outras parcelas, entende-se que estará quitando apenas o salário-base, a parcela principal, mantendo-se a obrigação quanto às parcelas acessórias. A quitação destas exigiria a indicação do valor que se estaria pagando em razão de cada uma delas.

9.5.5.2 A certeza quanto ao valor do salário

Está visto que é vedado pagar o salário somente em utilidade. Ademais, prevê o artigo 463 da CLT que "a prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente do País", ressentindo-se de validade o pagamento que inobservar essa regra[153]. O empregador

---

[152] *Vide* art. 7º, a, da CLT.

[153] Art. 463, parágrafo único, da CLT: "O pagamento do salário realizado com inobservância deste artigo considera-se como não feito".

não pode, portanto, pagar em moeda estrangeira ou, sem a expressa anuência do empregado, através de depósito bancário ou cheque[154].

Nas hipóteses em que o salário é ajustado em moeda estrangeira, tem-se posicionado a jurisprudência no sentido de a conversão do salário dever observar o câmbio em vigor na data do contrato, sobre esse salário se aplicando os aumentos intercorrentes da categoria[155].

São inevitáveis, nesse ponto, duas ressalvas à regra de o empregado não poder receber salário em moeda estrangeira: a) o empregado contratado no Brasil ou transferido, de qualquer sorte, para prestar serviço no exterior, deve ter o seu salário ajustado em moeda nacional, mas pode optar por receber a sua remuneração, no todo ou em parte, em moeda estrangeira, enquanto trabalhar em outro país (artigo 5º, §§1º e 2º, da Lei 7064/82); b) o técnico estrangeiro, domiciliado no exterior e contratado para serviço especializado e transitório no Brasil, pode ajustar o seu salário em moeda estrangeira, valendo a taxa de conversão em vigor na data de vencimento da obrigação (artigos 1º e 3º do Decreto-lei 691/69)[156].

9.5.5.3 A certeza quanto ao tempo e ao lugar do pagamento de salário

Quando não é depositado em conta bancária, o salário deve ser pago em dia útil e no local de trabalho, em meio à jornada ou imediatamente após o seu encerramento, conforme enuncia o artigo 465 da Consolidação das Leis do Trabalho. Observa Valentin Carrion[157] que "a constante do legislador é impedir quaisquer dificuldades ao empregado ou prejuízo direto ou indireto; as longas filas à saída do serviço, o pagamento em horário que retira do empregado parte apreciável do seu descanso e quaisquer outras anomalias são condenadas pelo legislador e puníveis administrativa e judicialmente".

A violação dessa regra estaria a implicar uma sanção de natureza econômica imposta ao empregador que, aproveitando ao empregado, não estaria claramente definida em lei. Como se tem comportado, então, o empregado que não recebe o seu salário em hora e lugar adequados? Por ora, não conhecemos caso em que o trabalhador se tenha recusado a receber o salário em situação desconfortável, oscilando os empregados entre a tentativa de caracterizar o pagamento, em tempo ou lugar indevidos, como uma justa causa do empregador, que daria ensejo à resolução do contrato (artigo 483, d, da CLT), ou em postular a configuração do tempo de espera pelo dinheiro do salário, após o encerramento da jornada, como tempo à disposição do empregador, dada a obrigação de este proceder ao pagamento imediatamente após o fim do turno de trabalho. Nessa última hipótese, configurar-se-ia a prestação de horas extraordinárias. Somente as peculiaridades de cada caso concreto podem dizer da pertinência dessas possíveis soluções para a violação do artigo 465 da CLT, pois apenas ao exame de cada caso é possível verificar a ocorrência, ou não, de abuso por parte do empregador.

---

[154] Conforme já visto, o artigo 464, parágrafo único, da CLT autoriza, com o consentimento do empregado, apenas o pagamento de salário mediante depósito em conta bancária. Não faz menção ao pagamento em cheque. Isso não obstante, a Convenção n. 95 da OIT, ratificada pelo Brasil, permite o pagamento em cheque quando previsto em convenção coletiva ou sentença arbitral, ou ainda quando o empregado o consentir.

[155] Em nota ao art. 463 da CLT, Valentin Carrion (*op. cit.* p. 313) transcreve ementa pertinente (TST, RR 4874/74, Rel. Min. Barata Silva, Ac. 2ª T. 792/75).

[156] Há, contudo, norma geral que prescreve a nulidade do contrato em moeda estrangeira (Decreto-lei 857/69).

[157] *Op. cit.* p. 315.

Por derradeiro, impende relembrar que, a salvo os complementos salariais que são exigíveis em periodicidade específica (*v.g.,* comissões, gratificação semestral etc.), o salário deve ser pago até o quinto dia útil do mês subseqüente ao da prestação de trabalho. O artigo 459, parágrafo único, da CLT, ao estabelecer citado prazo, institui uma garantia mínima em favor do empregado, nada obstando que norma coletiva alargue essa proteção, compelindo o empregador a pagar o salário no mesmo mês da prestação laboral.

Também é possível que o empregador se obrigue, por força de contrato individual, expresso ou tácito, a pagar em prazo menor. Como o uso e o costume vinculam o empregador (artigo 8º da CLT), o fato de o empregador habitualmente pagar o salário no mesmo mês da prestação de trabalho importa ajuste tácito (artigo 442 da CLT) e, portanto, a contratualidade desse prazo mais favorável.

Quanto a essa possibilidade de haver ajuste tácito a propósito da data de pagamento, tem entendido de modo diferente, porém, o Tribunal Superior do Trabalho, como se pode inferir da orientação jurisprudencial n. 159 da SDI-I: "Diante da inexistência de previsão expressa em contrato ou em instrumento normativo, a alteração de data de pagamento pelo empregador não viola o art. 468, desde que observado o parágrafo único, do art. 459, ambos da CLT".

A exigibilidade da prestação salarial em um certo prazo tem, enfim, duas claras implicações, que não podem ser olvidadas. A primeira diz respeito à correção monetária, pois não se pode incidir índice de atualização desde antes de a parcela salarial ser exigível[158]. A segunda implicação é concernente à prescrição qüinqüenal (artigo 7º, XXIX, da Constituição), sendo relevante atentar para o aspecto de não prescreverem as parcelas em meio a um mês qualquer, uma vez que o prazo prescricional somente flui a partir do vencimento da obrigação[159].

---

[158] *Vide*, nesse sentido, a orientação jurisprudencial n. 124 da SDI – I do TST.

[159] Por exemplo, se o empregado se diz credor de horas extras desde 1990 e ajuizou ação trabalhista em 04/maio/2001, ser-lhe-ão asseguradas as horas extras prestadas a partir de 01/abr/96, porque se tornaram elas exigíveis no quinto dia útil do mês de maio de 1996 e o marco da prescrição é anterior (04/maio/1996).

Atualizado em julho de 2010

10

DURAÇÃO DO TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 10.1 Duração. Jornada. Horário. 10.2 A jornada de trabalho. 10.2.1 Critérios gerais de fixação da jornada. 10.2.1.1 O tempo de trabalho e o tempo à disposição do empregador. O ônus da prova. 10.2.1.2 O tempo de deslocamento residência-trabalho-residência. 10.2.1.3. O tempo de afastamento justificado. 10.2.2 Critérios especiais de fixação da jornada. 10.2.2.1 O tempo de prontidão. 10.2.2.2 O tempo de sobreaviso. 10.2.2.3 O tempo de intervalo especial. 10.2.3 Jornada extraordinária. 10.2.3.1 Jornada realmente extraordinária. 10.2.4 Jornadas normais reduzidas. 10.2.5 Compensação de jornadas. *Banco de horas* e fonte do direito. 10.2.6 Turnos ininterruptos de revezamento. 10.2.6.1 Os intervalos em turnos ininterruptos de revezamento. 10.2.6.2 A sobrevigência da Lei 5811/72. 10.2.6.3 A redução da hora noturna no sistema de turnos ininterruptos de revezamento. 10.2.7 Trabalhadores não protegidos pela norma regente da duração do trabalho. 10.3 Intervalos intrajornadas e interjornadas. 10.3.1 Intervalos intrajornadas. 10.3.1.1 Intervalo mínimo. Autorização do Ministério do Trabalho para redução e efeitos da supressão. 10.3.1.2 Intervalo máximo. Possibilidade de prorrogação por norma escrita. Efeitos da dilação não autorizada. 10.3.2 Intervalos interjornadas. 10.3.2.1 Intervalo entre duas jornadas. 10.3.2.2 Repouso semanal e em feriados. A) A *preferência* da folga aos domingos. B) A folga obrigatória em feriados. C) A folga e a remuneração da folga. D) A remuneração do trabalho em dia de folga. 10.3.2.3 Férias. A) Conceito, finalidade e história das férias. B) Natureza jurídica das férias. C) Aquisição do direito ao gozo de férias. D) Período concessivo das férias. Poder patronal de datar a fruição das férias. Fracionamento. Aviso prévio e registros pertinente. D–1) Período legal de fruição em meio ao período concessivo. E) Possibilidade de conversão em pecúnia. F) Remuneração das férias. G) Férias não concedidas. Remuneração em dobro e outras sanções. H) Férias coletivas. I) Efeitos da cessação do contrato. Férias vencidas e proporcionais. J) Férias remuneradas mas não gozadas. K) As férias do empregado doméstico. L) Prescrição das férias. M) A Convenção 132 da OIT.

10.1 Duração. Jornada. Horário

O conceito, que a palavra exprime, pode ser alargado, pois a palavra é um bem da cultura. A expressão que dá título a esta relevante passagem de nosso estudo é *duração do trabalho* e por ela se quer referir não apenas o tempo de trabalho efetivo. Para além disso, estuda-se, sob tal rótulo, o tempo durante o qual o empregado disponibiliza a sua força de trabalho e, afinal, o tempo de descanso, necessário à recomposição da força física,

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

ao arejamento da atividade intelectual, à dedicação a outras atividades, ao lazer, à arte, à interação social.

Quando nos reportamos, estritamente, à extensão de tempo por que o empregado mantém a sua energia de trabalho à disposição do empregador, aludimos à *jornada de trabalho.* Em rigor, a origem etimológica[2] da palavra *jornada* restringiria o seu significado ao de *extensão de tempo a cada dia* e é neste sentido que preferimos empregar o vocábulo. Mas é certo que a lei, a doutrina e a jurisprudência referem-se a *jornada* para mencionar, também, a carga horária de trabalho semanal (*jornada semanal*) ou mesmo mensal.

Os termos inicial e final de cada jornada revelam, enfim, o *horário de trabalho.* Um empregado pode cumprir *jornada* de oito horas se trabalhar no seguinte *horário:* das 8h às 12h e das 14h às 18h.

Estudemos, a início, o modo como se caracteriza a *jornada* e, em seguida, ainda no âmbito da *duração do trabalho,* os intervalos devidos em meio à jornada ou entre as jornadas. É hora, bem se nota, de analisar como a prestação laboral, que é regida pelo direito do trabalho, delimita-se no *tempo.*

10.2 A jornada de trabalho

É exato dizer que o empregador deve remunerar todo o tempo por que pode dispor da força de trabalho do empregado. A jornada de trabalho compreende, portanto, as horas e frações de hora que o empregador haverá de considerar no momento em que calcular a remuneração do trabalhador, sendo útil a identificação dos critérios gerais e especiais de fixação de jornada[3].

Como sugerem as expressões, critérios *gerais* serão aqueles adotados para todos os empregados, sendo *especiais* os critérios relativos à fixação da jornada de algumas categorias de trabalhadores.

São critérios gerais:

a) o do tempo de efetivo trabalho

b) o do tempo à disposição do empregador

c) o do tempo de deslocamento residência-trabalho-residência

d) o do tempo de afastamento justificado da atividade laborativa

---

[2] *Jornada,* segundo Deonísio da Silva, doutor em Letras pela USP, "vem do provençal jornada, que designa o caminho feito em um dia. Mais tarde serviu para marcar também o trabalho realizado do alvorecer ao anoitecer. Sua origem remota é *jorna*, acrescida do sufixo *ada*. *Jorna* é aliteração do latim *diurna*, da expressão *opera diurna*, obras de um dia. Serviu de base à palavra *jornal*, que em italiano, língua irmã do português, ambas filhas do latim, é *giornale*, provavelmente mesclada ao latim *diurnale*, de um dia. O vocábulo passou a designar realizações que duravam mais de um dia, como é o caso do maior evento literário brasileiro, a Jornada de Literatura de Passo Fundo [...]"

[3] Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Jornada de trabalho e descansos trabalhistas.* Belo Horizonte: Editora RTM, 1996. p. 21. O autor denomina *critérios básicos* o *tempo efetivamente laborado*, o *tempo à disposição no centro de trabalho* e o *tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência.* Ao lado desses critérios básicos, diz o autor, "há ainda dois critérios especiais, aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras: o critério do tempo-prontidão (ou horas-prontidão) e o critério do tempo sobreaviso (horas sobreaviso)".

São critérios especiais:

a) o do tempo de prontidão

b) o do tempo de sobreaviso

c) o do tempo de intervalo especial

Após a análise dos critérios gerais e especiais, é necessário que identifiquemos as condições de trabalho a que não se aplicam quaisquer desses critérios. Tais exceções serão examinadas em subitem próprio (2.7). Mas há, também, algumas exceções específicas, que concernem à restrição que a doutrina e a jurisprudência fazem à adoção de um ou outro dos critérios gerais em favor de certas categorias de trabalhadores. As exceções específicas serão lembradas em meio ao subitem que tratará do critério geral (2.1).

10.2.1 Critérios gerais de fixação da jornada

10.2.1.1 O tempo de trabalho e o tempo à disposição do empregador. O ônus da prova

Como regra, a jornada é composta pelo tempo em que o empregado mantém a sua energia de trabalho à disposição do empregador, aí se incluindo aquele em que executa ordens ou as aguarda, simplesmente.

Há alguma dificuldade em se dimensionar a jornada prestada fora do estabelecimento do empregador, mas isso não impede que o empregado demonstre a existência de controle, pelo empregador, do seu tempo de serviço externo. Ocorrendo o controle, subentende-se a existência de jornada.

A lei admite, porém, a possibilidade de esse serviço externo ser prestado em condições incompatíveis com o controle da jornada pelo empregador (trataremos, adiante, da exceção prevista no artigo 62, I, da CLT). E a jurisprudência, por seu turno, tem resistido à idéia de considerar, ao menos para o fim de estabelecer se houve excesso de jornada de trabalho, o tempo em que o empregado presta labor *em domicílio*. Isso tem reflexo, inclusive, no cômputo, assim inviabilizado, das preciosas horas que o professor dedica, em sua casa, à preparação de aulas e provas, bem assim à correção destas.

Outra consideração importante é a de que as viagens a serviço não se incluem, integralmente, na jornada de trabalho. Por exemplo, motoristas e vendedores pracistas costumam trabalhar dias consecutivos em cidades diferentes daquelas em que têm família e domicílio. O tempo dispensado a assuntos alheios aos negócios da empresa, em meio às viagens, não é, regra geral, computado como jornada de trabalho. A construção jurisprudencial nesse sentido influenciou, também e por outra via, a dedução de que o tempo de concentração dos atletas profissionais não se inclui na jornada, salvo o que for despendido com atividades de treinamento[4].

[4] No sentido do texto: “HORAS EXTRAS. JOGADOR DE FUTEBOL. PERÍODO DE CONCENTRAÇÃO. A concentração é obrigação contratual e legalmente admitida, não integrando a jornada de trabalho, para efeito de pagamento de horas extras, desde que não exceda de 3 dias por semana". Recurso de revista a que nega provimento” (TST, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, Proc. RR 405769/97, decisão em 29/03/2000, DJ 05/05/2000). Também no mesmo sentido: TST, 2ª Turma, Rel. Min. Marcelo Pimentel, Proc. RR 6884/84, decisão em 11/03/86, DJ 05/05/86. Ralph Cândia (Comentários aos Contratos

Noutra seara, lei recente[5] acresceu parágrafos ao artigo 58 da CLT, o primeiro deles a positivar orientação jurisprudencial no sentido de que "não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários".

É bom acentuar que o empregador cujo estabelecimento tem mais de dez empregados está obrigado a exigir o registro de ponto (artigo 74, §§2º e 3º, da CLT), sendo seu, portanto, o ônus de provar, em juízo, a jornada cumprida por seus empregados (ainda que não possua cartões ou livro de ponto)[6]. Sendo o quadro de até dez empregados, ao empregado é atribuído o ônus de provar o trabalho que teria excedido a jornada contratual ou legal.

10.2.1.2 O tempo de deslocamento residência-trabalho-residência

A proximidade entre a residência do empregado e o local de seu trabalho pode permitir que ele prefira vencer esse trajeto caminhando. Não sendo assim, o deslocamento até o local de trabalho, como o seu retorno, podem ocorrer em transporte de uso público ou em veículo fornecido pelo empregador[7].

Quando o empregador fornece o citado transporte, o faz para aumentar a comodidade do empregado ou para viabilizar a prestação de trabalho. Computa-se o tempo de deslocamento na jornada de trabalho somente nessa última hipótese, ou seja, quando o transporte é fornecido porque de outro modo não há como o trabalhador chegar até o local de sua prestação de serviço. Tal qual predizia a Súmula 90 do TST, a atual redação do artigo 58, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho é elucidativa:

> "O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução"

Estamos a cuidar das horas *in itinere*. Houve época em que empregadores de menor escrúpulo tentaram se desvencilhar dessa obrigação – de incluir as horas *in itinere* na jornada dos seus empregados – cobrando-lhes, num ingênuo ardil, uma quantia irrisória, como um modo de sugerir que o transporte estaria sendo custeado pelos próprios empregados. O Tribunal Superior do Trabalho preveniu o litígio, editando a Súmula 320:

> O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso, ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção do pagamento das horas *in itinere*.

A caracterização das horas itinerantes também se mostrou conflituosa nos caos em que o horário de trabalho não era compatível com o transporte coletivo de uso público.

Trabalhistas Especiais, p. 105) sustenta que há horas extras quando extrapolada a carga horária semanal máxima, prevista em lei.

[5] Lei 10.243, de 19 de junho de 2001.

[6] A Súmula 338 do TST confirma esse ônus da prova, a recair sobre o empregador: "É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de freqüência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário".

[7] Sem que esse transporte possa se caracterizar, a teor da nova redação do artigo 458, §2º, III, da CLT, salário-utilidade.

O TST editou, a propósito, a Súmula 90, III (antigo Enunciado 324), que recomenda: “A mera insuficiência do transporte público não enseja o pagamento das horas *in itinere*”. Isso não obstante, a alta Corte trabalhista não radicaliza esse entendimento, pois está atenta à singularidade dos casos em que há absoluta inviabilidade de o empregado valer-se do transporte público. Nesse toar, a Súmula 90, II, do TST é taxativa:

> A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*.

Outra questão, pertinente à configuração das horas *in itinere*, é aquela em que se diverge sobre se incluírem essas horas na jornada em hipótese na qual apenas parte do trajeto, entre a residência do empregado e o seu local de trabalho, é servida por transporte público. Apesar de não ser usual o fornecimento de transporte, pelo empregador, somente a partir da última *parada de ônibus*, é certo que o Tribunal Superior do Trabalho refletiu a necessidade, mais relevante, de estimular o empregador a transportar os seus empregados, com evidente proveito para estes, ao editar o Enunciado 325, agora convertido na Súmula 90, IV de sua jurisprudência:

> Se houver transporte público regular, em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas se limitam ao trecho não alcançado pelo transporte público.

Mas o TST vem entendendo que o trecho não servido por transporte público pode se situar até mesmo no interior do estabelecimento da empresa[8], assim sucedendo quando é longo o caminho entre a portaria e o local de trabalho.

Por derradeiro, têm dissentido os órgãos de jurisdição sobre se inserir a hora *in itinere* na jornada do empregado regido pela Lei 5811, de 1972, que disciplina o trabalho dos *petroleiros*. É que essa lei especial teria regulado, exaustivamente, a jornada e também a obrigação de o empregador fornecer transporte ao empregado que labora na indústria petroquímica, não incluindo o tempo, gasto em transporte fornecido pelo empregador, na jornada de trabalho. Malgrado a coerência do raciocínio, há decisões judiciais que adotam, também para o empregado regido pela Lei 5811/72, a orientação contida na Súmula 90, IV, do TST, integrando à jornada o tempo gasto em deslocamento por trechos não servidos por transporte regular público.

10.2.1.3. O tempo de afastamento justificado

Aos empregados assiste, regra geral, o direito de verem computadas na jornada de trabalho as horas em que não prestam serviço nem disponibilizam a sua força de trabalho, mas se abstêm de fazê-lo com apoio em justificativa prevista em lei ou em outra espécie normativa. É o caso, por exemplo, dos afastamentos que se dão em conseqüência de enfermidade, devidamente atestada. Como a lei faz alusão, quase sempre, ao afastamento por pelo menos um dia, não se percebe, decerto, que o mal a afligir o empregado pode justificar a sua ausência por apenas algumas horas.

Ao estudarmos os casos de interrupção do contrato de emprego, outras situações, em que as horas de afastamento justificado devem ser remuneradas, podem ser

---

[8] *Vide* orientação jurisprudencial transitória n. 36 da SDI 1 do TST: "Horas *in itinere*. Tempo gasto entre a portaria da empresa e o local de serviço. Devidas. Açominas". O TST tem adotado essa mesma orientação para outros casos, nos quais figura outro empregador, mas a mesma situação de fato.

lembradas. Por ora, é interessante notar, *exempli gratia*, que várias normas coletivas asseguram ao dirigente sindical o direito de se ausentar do trabalho, para o desempenho de atividades associativas, sem prejuízo do salário[9]. Também a ausência para depor em juízo não ocorre em prejuízo da remuneração correspondente às horas subtraídas à prestação de trabalho para esse fim[10].

10.2.2 Critérios especiais de fixação da jornada[11]

10.2.2.1 O tempo de prontidão

Enuncia o artigo 244, §3º, da CLT que o trabalhador ferroviário estará de prontidão quando "ficar nas dependências da Estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal". Como *dependências da Estrada* devem ser compreendidas as *dependências da empresa ou via férrea respectiva*, conforme explica Mauricio Godinho Delgado[12]. A proporção de 2/3 (dois terços) permite que o trabalhador ferroviário receba, por cada jornada de doze horas em regime de prontidão, o equivalente a uma jornada de trabalho efetivo por oito horas (2/3 x 12 h = 8 h).

O trabalhador de prontidão não executa tarefas por todo o tempo, mas se submete a um regime especial que tem em vista a realização de serviços imprevistos ou a substituição de empregados faltosos, tal qual prescreve o artigo 244 da CLT. É um regime de trabalho especial, assim como o é o labor em regime de sobreaviso, a ser adiante analisado.

Não há, no regime de prontidão, a ansiosa sensação de permanecer em estado de trabalho, pois a energia intelectual pode ser desviada para outra atividade, porventura lúdica, até o instante da primeira ordem, que pode não chegar. O que o configura não é, portanto, a suspensão do esforço físico, já que os vigias e vigilantes se mantêm fisicamente inertes, mas com a responsabilidade de guardar, em meio a essa eventual inércia de movimentos, o patrimônio do empregador. No regime de prontidão, o trabalhador ferroviário se comporta, ao revés, como se a própria subordinação ao empregador permanecesse, até a primeira ordem, em estado de latência.

Essa digressão tem a ver com a controvérsia pertinente à constitucionalidade dos dispositivos celetários que tratam do regime de prontidão e, como veremos em seguida, do regime de sobreaviso. Seria constitucional a manutenção do empregado em regime de prontidão por até doze horas, como previsto no artigo 244, §3º, da CLT? Ou o limite de oito horas diárias, assegurado no artigo 7º, XIII, da Constituição, há de preponderar? O que pode justificar a recepção da norma consolidada pela ordem constitucional em vigor é a sua especificidade, que não foi cogitada pelo poder constituinte.

---

[9] Não havendo norma coletiva ou contrato nesse sentido, prevalece o artigo 543, §2º, da CLT, que converte o tempo de ausência ao trabalho, para o desempenho da liderança ou representação sindical, em licença não remunerada.

[10] *Vide* artigo 473, VIII, da CLT.

[11] Mauricio Godinho Delgado (*op. cit.* p. 26) sustenta que o caráter especial desses critérios vinculam-se à regência normativa de categorias específicas e, também, ao aspecto de sua integração à jornada ser sempre parcial. Como acrescentamos os intervalos especiais aos critérios especiais de fixação da jornada, não vislumbramos, nestes, a última das mencionadas características (integração parcial), que é inerente apenas às horas de prontidão e às horas de sobreaviso.

[12] *Op. cit.* p. 26.

De toda sorte, é árida a jurisprudência sobre a constitucionalidade das jornadas previstas em lei para esses regimes especiais[13], bem assim quanto à sua adoção, por analogia, no vínculo entre outras categorias, que não a do ferroviário, e seus respectivos empregadores.

10.2.2.2 O tempo de sobreaviso

A reflexão, que há pouco levamos a efeito, sobre a constitucionalidade do regime de prontidão vale, por igual, para o regime de sobreaviso, que se distingue pelo fato de o trabalhador ferroviário não permanecer nas dependências da empresa a aguardar ordens, pois que as aguarda em sua própria residência, como reza o artigo 244, §2º, da CLT:

> "Considera-se de *sobreaviso* o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de sobreaviso será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de sobreaviso, para todos os efeitos, serão contados à razão de 1/3 (um terço) do salário normal".

A proporção de 1/3 (um terço) faz com que as vinte e quatro horas de sobreaviso tenham remuneração equivalente a oito horas de trabalho efetivo.

A doutrina e a jurisprudência têm estendido a outras categorias, por analogia, a regra estabelecida em favor do trabalhador ferroviário. O verbete n. 229 da Súmula do TST enuncia, por exemplo, que "as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à razão de 1/3 (um terço) sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial".

Mas o mesmo Tribunal Superior do Trabalho reviu orientação, que anteriormente havia adotado, no sentido de o usuário de *BIP* ter direito à remuneração das horas em que o usa na proporção de um terço do salário-hora normal. A orientação jurisprudencial n. 49 da SDI 1 consagra o mais recente entendimento do TST, que remete à negociação coletiva a definição sobre o modo de se remunerar o tempo de uso do *BIP*, telefone celular, *lap top* ou computador ligado à empresa[14].

Dada a menor força persuasiva da vontade coletiva em meio a conjunturas econômicas desfavoráveis, é flagrante o risco de permitir a jurisprudência trabalhista, por tal via, que a *prestação* de usar um recurso tecnológico – como meio de disponibilizar a força de trabalho sem solução de continuidade – não corresponda a qualquer *contraprestação* salarial. Isso importa o recrudescimento do aspecto alienante da relação de emprego e o desprezo, em última análise, do caráter comutativo do contrato que dá origem a essa relação jurídica.

---

[13] Há decisões favoráveis, porém, à constitucionalidade do artigo 243 da CLT, que exclui as normas gerais sobre duração de trabalho dos empregados em ferrovias do interior, onde o serviço é intermitente ou de pouca intensidade. Valentin Carrion (CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo : Saraiva, 2001. p. 197), ao anotar o citado artigo da CLT, transcreve ementas que dizem de seu fundamento de validade (TST, RR 43508/92.8, Rel. Min. Leonaldo Silva, Ac. 4ª T. 2538/92 e TST, RO-AR 68643/93.4, Rel. Manoel Mendes de Freitas, Ac. SDI 1648/96).

[14] Cf. TST, RR 163233/95.0, Rel. Min. José Luiz Vasconcelos, Ac. 3a. T. 3475/96. *Apud* Valentin Carrion, *op. cit.* p. 197.

A pretexto de assim se prestigiar a autonomia privada coletiva, instrumentaliza-se o uso potencial, mas ininterrupto, do tempo que o empregado precisa dedicar ao seu descanso, ao lazer, ao convívio social e familiar. A mesma alta tecnologia que subtrai empregos, automatizando a atividade econômica, contribui para o retorno do labor por todo o tempo, no mundo do trabalho.

Há, enfim, o regime de sobreaviso que é previsto, pelo artigo 5º da Lei 5811, de 1972, especificamente para os empregados que prestam serviços em atividades de exploração, perfuração, produção e transferência de petróleo no mar, ou em exploração, perfuração e produção de petróleo em áreas terrestres distantes ou de difícil acesso, ou, ainda, em trabalho de geologia de poço ou na supervisão de qualquer dos serviços regidos pela citada lei[15]. O artigo 5º, §1º, da Lei 5811 define o regime de sobreaviso dos *petroleiros* como "aquele em que o empregado permanece à disposição do empregador por um período de 24 (vinte e quatro) horas para prestar assistência aos trabalhos normais ou atender a necessidades ocasionais de operação". O §2º prevê: "Em cada jornada de sobreaviso, o trabalho efetivo não excederá de doze horas".

Quando a sua norma de regência é a Lei 5811/72, o empregado em sobreaviso recebe, além de seu salário normal, um acréscimo de 20% a título de *adicional de sobreaviso*, além de ter direito a um repouso de vinte e quatro horas consecutivas para cada período de vinte e quatro horas em que permanecer em regime de sobreaviso.

Não raro, ocorre de o regime de sobreaviso dos *petroleiros* ser desvirtuado, porque destes se exige o trabalho em jornadas fixas de doze horas, pagando-se o adicional referido pelo fato de sua permanência na plataforma marítima ou na estação de trabalho, a aguardar ordens, durante a outra metade de todos os dias. A existência de jornada fixa desnatura, por óbvio, o sobreaviso.

10.2.2.3 O tempo de intervalo especial

A favor de todos os empregados, há intervalos intrajornadas (em meio às jornadas) que são devidos, mas não são remunerados. A rotina estressante de alguns serviços impõe, porém, a garantia de outros minúsculos intervalos em que o empregado deve relaxar a sua atenção, desconcentrando-se antes de retomar o labor. Assim e extraordinariamente, a lei e outras fontes jurídicas asseguram o direito a intervalos intrajornadas que se incluem na jornada e devem ser remunerados, como se o empregado não houvesse interrompido a sua prestação laboral.

Podemos notar, a propósito, que o artigo 72 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê o direito a intervalos de dez minutos, *não deduzidos da duração normal do trabalho*, para cada período de noventa minutos em serviço permanente de mecanografia. Conferindo atualidade ao preceito, a Súmula 346 do TST estende o direito nele consagrado, por analogia, aos digitadores.

Em benefício dos empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio, e vice-versa, o artigo 253 da CLT instituiu um intervalo de vinte minutos para cada

[15] Que disciplina, também, o trabalho na refinação do petróleo, na indústria do xisto, na indústria petroquímica e no transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos.

período de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, *computado esse intervalo como de trabalho efetivo.*

Também quando disciplina o trabalho em minas de subsolo, a Consolidação das Leis do Trabalho assegura: "Em cada período de 3 (três) horas consecutivas de trabalho, será obrigatória uma pausa de 15 (quinze) minutos para o repouso, *a qual será computada na duração normal de trabalho efetivo*".

Quanto ao músico, a regra atende à peculiaridade do seu serviço: com exceção do intervalo destinado à refeição, os outros intervalos que se verificarem em meio à jornada do músico *serão computados como de serviço efetivo,* à expressão do artigo 41, §2º, da Lei 3857, de 1960.

É comum, ainda, em normas coletivas que regulam o trabalho de rodoviários, a inclusão na jornada de pequenos intervalos fruídos nos momentos em que os motoristas estacionam os ônibus nos terminais ou pontos da estrada, para em seguida iniciarem novo trecho da viagem. Sempre que a norma, estatal ou coletiva, inclui o intervalo na jornada a ser remunerada, estamos a tratar deste critério especial de fixação da jornada de trabalho.

10.2.3 Jornada extraordinária

Na ordem dos fatos, a jornada de um empregado é divisada a partir da utilização dos critérios gerais e especiais de sua fixação, já estudados. No âmbito do direito, interessa perceber se a jornada que realmente ocorre se enquadra nos limites da jornada normal ou ordinária, autorizados pela norma trabalhista. Quando inexiste fonte formal de direito assegurando jornada menor, o empregado não pode laborar além da oitava hora diária e da quadragésima quarta hora semanal, salvo em regime de compensação de jornada, tal como prescreve o artigo 7º, XIII, da Constituição.

Sobre esse dispositivo constitucional, são duas as observações importantes. É que o citado artigo da Constituição não prevê a possibilidade de a carga horária máxima, nele referida, ser extrapolada mediante contrato. E faz alusão, num paradoxo apenas aparente, à possibilidade de essa mesma carga horária ser reduzida, mas através de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Quanto à derradeira observação, resta claro que a norma coletiva somente é necessária se a redução de jornada importar diminuição do salário, estando o inciso XIII em consonância com o inciso VI, do mesmo artigo sétimo da Carta Política, este último inciso a exigir a negociação coletiva de trabalho para o ajuste que vise à redução salarial. Se a redução da jornada não ocorrer com a proporcional redução do salário, prescinde-se da negociação coletiva.

A primeira das observações, acima destacadas, é, no entanto, alusiva à inexistência de norma constitucional que autorize a contratação de horas suplementares[16], ou seja, de horas de trabalho excedentes da carga horária constitucional. Nessa medida, autores de nomeada sustentam que não teria sido recepcionada, pela atual Constituição, a regra do artigo 59, *caput*, da CLT, que permitia a contratação de até duas horas suplementares por dia. Assim se posicionam, por exemplo, José Augusto Rodrigues Pinto[17]

---

[16] Sendo objeto de contrato, a hora excedente perde o atributo de *extraordinária*, sendo denominada, por isso, de hora *suplementar.*

[17] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2000. p. 333.

e Márcio Túlio Viana[18], que afirma secundar Vantuil Abdala e lamenta, no particular, a divergência de Arnaldo Süssekind.

Os juslaboralistas que defendem a sobrevigência do *caput* do artigo 59 da CLT exibem, a seu favor, não somente o grau maior de abstração do texto constitucional, que impede seja ele interpretado restritivamente, mas também o fato de o seu artigo 7º, XVI, prever a *remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal.* Como não se deve supor que a Constituição estaria a regular os efeitos jurídicos de ato que reputou ilícito, presume-se que está ela a atribuir licitude a alguma situação em que há prestação de jornada extraordinária. Por isso, seria válido o artigo 59 da CLT.

Nessa teia dialética, poder-se-ia contra-argumentar que o serviço extraordinário referido no inciso XVI (que prevê o adicional de 50%) não seria aquele que excedesse a carga horária máxima prevista no inciso XIII (oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais), ambos incisos do artigo sétimo da Constituição. A jurisprudência é, inclusive, assente no sentido de que é devido o adicional de 50% sobre as horas excedentes de jornadas reduzidas, inferiores à de oito horas, a exemplo da jornada do professor[19]. Além disso, serviço *extraordinário* não poderia ser, ao mesmo tempo, *habitual,* força de contrato. A *contratação* de hora *extraordinária* comportaria, claramente, uma antinomia em termos.

Ainda assim, toda essa discussão se torna bizantina se o Ministério do Trabalho não se render à inconstitucionalidade da contratação de horas extraordinárias, excedentes da oitava hora diária ou da quadragésima quarta hora semanal, autuando e punindo os empregadores que, fomentando os índices de desemprego, infringirem o preceito maior. É mais tímida a influência da Justiça do Trabalho, que atua, muita vez, quando o conflito está instaurado e o empregado, a bem dizer, não mais o é. A sobrejornada cumprida por tal empregado, *reclamante* na Justiça do Trabalho, deve ser remunerada com o adicional de

---

[18] VIANA, Márcio Túlio. Adicional de horas extras. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993. p. 173

[19] "Do adicional de horas extras. Professor. Havendo descumprimento da jornada máxima consignada pela Lei Consolidada, deve o empregador sujeitar-se ao pagamento do adicional pelo trabalho suplementar. Entendimento contrário, tornaria letra morta o contexto legal pertinente à matéria em epígrafe, porquanto a remuneração do trabalho extraordinário de forma superior ao normal virá, exatamente, desestimular a prática reiterada de exigir do professor a prestação de serviços além do limite fixado. Recurso não provido" (TST, SDI 1, Proc. n. TST-E-RR-221.992/95.6, Rel. Min. José Luiz Vasconcelos. Fonte: SDI – 31 – JUN/99, p. 53). Em seu voto, o ministro relator sustentou: "A controvérsia em epígrafe cinge-se a respeito de se é devido ou não o pagamento do adicional de 50% (cinqüenta por cento) da remuneração da hora normal, a título extraordinário, em razão do excesso de aulas ministradas, tendo em vista os limites estatuídos no artigo 318 Celetizado, para o magistério. O artigo supracitado preconiza que "num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de 04 (quatro) aulas consecutivas, nem mais de 06 (seis), intercaladas". Neste diapasão, a jornada do professor está limitada a quatro aulas consecutivas ou a seis intercaladas. Contudo, sendo esse limite excedido, o empregador deverá remunerar as horas suplementares com o adicional de 50% (cinqüenta por cento), preconizado pelo artigo 7º, inciso XVI, da atual Carta Magna, que assim versa: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal." Não existe, pois, dissonância entre o contexto jurídico celetário em relação a este dispositivo constitucional, mas sim um complemento entre os dois".

50%, posto que ilícita e ainda mesmo quando superior ao limite de duas horas extras diárias[20].

10.2.3.1 Jornada realmente extraordinária

O artigo 7º, XIII, da Constituição regula apenas a duração do trabalho *normal*, limitando-a a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Fatos anormais podem acontecer, porém, a ensejar a prestação de horas realmente extraordinárias de trabalho. Tentando exaurir a regência dessa matéria, o artigo 61 da CLT refere três situações que justificam a exigência de horas extras, ao prescrever:

> "Art. 61 – Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.
>
> § 1º – O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.
>
> § 2º – Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.
>
> § 3º – Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente".

É fácil notar que duas das situações estão relacionadas com a força maior, que vem a ser, segundo o artigo 501 da CLT, "todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente". Como observam Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes[21], "em caso de acidente em que a perícia conclua pela deficiência das instalações da empresa, os danos não serão considerados como causados por motivo de força maior". Em qualquer situação, as horas extras devem ser remuneradas com o adicional de 50%[22], pois assim o exige o artigo 7º, XVI, da Constituição.

---

[20] Assim recomenda a orientação jurisprudencial n. 117 da SDI 1 do TST.

[21] MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho.* Evaristo de Moraes Filho, Antonio Carlos Flores de Moraes. São Paulo : LTr, 1991. p. 405.

[22] Carece de fundamento de validade, portanto, a primeira parte do artigo 61, §2º, da CLT, que prevê: "Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal". Interpretava-se o dispositivo como um permissivo para o pagamento, nesses casos, de horas extras sem o adicional.

A extrapolação da jornada normal pode ocorrer para *fazer face* a motivo de força maior (a fabricação, *v.g.*, de bens necessários à atenuação dos efeitos de inundação ou incêndio iminente) ou para recuperar o trabalho interrompido *em razão de* causas acidentais ou força maior (por exemplo, horas extraordinárias para resgatar a normalidade da produção industrial e, por conseguinte, a participação da empresa no mercado, após a interrupção causada por força maior). São, assim, situações que precedem e sucedem os efeitos drásticos da força maior, devendo o empregador, no primeiro caso, comunicar em até dez dias o labor extraordinário, que é ilimitado, ao Ministério do Trabalho; na segunda hipótese, a comunicação ao Ministério do Trabalho é prévia e as horas extras estão limitadas a duas por dia, em período não superior a quarenta e cinco dias por ano.

A terceira e última situação, que justifica a prestação de horas extraordinárias, é aquela em que o labor excedente acontece para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. Há serviços, como o de enchimento de lajes com concreto, em obras de construção civil, que não podem mesmo ser interrompidos. Outro exemplo: por motivos estranhos à vontade do empregador, um bem ou um serviço que deve ser produzido a certo tempo, para atender a uma necessidade sazonal, pode ter essa produção retardada, justificando a sobrejornada. Nesses casos, a jornada não pode ser prorrogada além da décima segunda hora.

Quando a prestação de horas extras não se enquadra em qualquer dessas situações, nem se cuida de compensação de jornada autorizada em acordo ou convenção coletiva de trabalho, cabe ao Ministério do Trabalho aplicar a multa administrativa cabível. Mas essa ilicitude não ocorre em prejuízo do direito à remuneração da hora extraordinária com o adicional de 50%, que é inevitavelmente devido.

10.2.4 Jornadas normais reduzidas

Está visto que a jornada normal do empregado não é, necessariamente, aquela delimitada pelo artigo 7º, XIII, da Constituição, podendo ser inferior à de oito horas quando assim prevista em contrato, norma coletiva ou lei. Havendo jornada reduzida, o tempo que a exceder deverá ser remunerado com o adicional de 50%.

Podem ser enumeradas algumas categorias a que são asseguradas jornadas reduzidas, força de lei. Iniciando por aquelas beneficiadas no texto consolidado, podemos nos referir à categoria do bancário que não exerce cargo de confiança bancária[23], sendo de seis horas a sua jornada, conforme artigo 224 da CLT. Incluem-se nesse regime os empregados em empresas de crédito, financiamento e investimento[24] e em empresas de processamento de dados integrantes do mesmo grupo econômico, mas são excluídos os trabalhadores que, embora laborando em casas bancárias, integrem categorias profissionais diferenciadas[25] ou sejam empregados de empresas interpostas de vigilância[26].

A jornada de seis horas é também prevista no artigo 227 da CLT, em favor dos operadores de serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonia, em empresas que explorem tais serviços e, bem assim, em favor das

---

[23] *Vide* artigo 224, §2º, da CLT e Súmula 102, IV do TST. Exclusão dos caixas (Súmula 102, VI) e dos advogados empregados de banco (Súmula 102, V). Divisor 220 (Súmula 343).
[24] *Vide* Súmula 55 do TST.
[25] *Vide* Súmula 117 do TST.
[26] *Vide* Súmula 257 do TST.

telefonistas de mesa em empresas que não os explorem, conforme recomenda a Súmula 178 do TST. Mas a jurisprudência tem recusado a aplicação, por analogia, do artigo 227 da CLT ao operador de telex[27] e ao digitador[28].

O artigo 234 da CLT fixa em seis horas a jornada máxima dos operadores cinematográficos e seus ajudantes, autorizando o seu parágrafo único a prorrogação de citada jornada, visando a exibições extraordinárias, somente quando concedido um intervalo de duas horas.

A jornada normal do trabalhador em mina de subsolo é, por igual, de seis horas, consoante reza o artigo 293 da CLT, incluindo-se nessa jornada alguns intervalos que, conforme já estudado (subitem 2.2.3), a integram.

Também é de seis horas a jornada máxima do cabineiro de elevador, pois para tanto o protege a Lei 3270, de 1957.

A condição de trabalho do professor se distingue, notadamente a partir das últimas séries do ensino fundamental, quando o exercente do magistério divide a sua jornada em aulas que ministra para alunos de diferentes instituições de ensino. Em relação a esse professor ou mesmo ao que ensina em um só estabelecimento escolar, o artigo 318 da CLT estatui que não poderá ele, a cada dia e em cada escola, dar mais de quatro aulas consecutivas, nem mais de seis aulas intercaladas.

A jornada normal do advogado empregado é de quatro horas, com o limite de vinte horas por semana, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva[29], conforme dispõe o artigo 20 da Lei 8906, de 1994.

Por sua vez, diferencia-se a jornada do aeronauta a depender de ele integrar uma tripulação mínima ou simples, composta ou, enfim, de revezamento, conforme previsto na Lei 7183, de 1984. O aeroviário é, a seu turno, o trabalhador que, não sendo aeronauta, exerce função remunerada em serviços terrestres de empresas aéreas. A duração do trabalho do trabalhador aeroviário é a do empregado comum, como se pode notar à leitura do Decreto 1232, de 1962, que regulamenta a citada profissão.

Para técnicos em radiologia, o artigo 14 da Lei 7394, de 1985, fixa jornada (*rectius:* carga horária) semanal de vinte e quatro horas. O artigo 11, §2º, dessa mesma lei, estende, *no que couber*, os direitos nela assegurados a auxiliares de radiologia que trabalham em câmara clara e escura. A nosso pensamento, o dispositivo que favorece os auxiliares de radiologia não terá eficácia se a carga horária semanal dos técnicos em radiologia não for, por seu intermédio, garantido aos citados auxiliares, dada a inviabilidade de compatibilizar com as funções dos auxiliares de radiologia os demais preceitos da lei em comento. É inviável que as leis se ressintam de palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). Mas a jurisprudência nem sempre é favorável a esse ponto de vista.

Quanto a artistas e técnicos em espetáculos de diversão, a jornada será de seis horas, com limite de trinta horas semanais, para os que trabalham em radiodifusão,

---

[27] *Vide* orientação jurisprudencial n. 213 da SDI 1 do TST.

[28] TST, 3ª Turma, RR 345391/97, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU 04.02.00. Fonte consultada: Revista do TST, Brasília, vol. 66, n. 1, jan/mar 2000, p. 345.

[29] Sobre o assunto, artigo de José Augusto Rodrigues Pinto em Revista LTr 59-02/159. Sobre dedicação exclusiva: Revista LTr 65-11/1365.

fotografia e gravação; no teatro, a jornada corresponderá ao tempo das sessões, limitadas estas ao número de oito por semana; no circo, a jornada deverá ser de seis horas, com limite de trinta e seis horas por semana; na dublagem, será a jornada de seis horas, com limite de quarenta horas por semana. Assim dispõem as alíneas do artigo 21 da Lei 6533, de 1978.

O músico cumpre jornada de cinco horas, que pode ser prorrogada, com remuneração dobrada, por mais uma hora nos estabelecimentos de diversões públicas e por mais duas horas nos casos de força maior ou festejos populares e serviço reclamado pelo interesse nacional, tudo em consonância com os artigos 41 e 42 da Lei 3857, de 1960.

Há profissões que, embora regulamentadas em alguns de seus aspectos, não estão regidas por lei específica no tocante à jornada de trabalho. É possível exemplificar: sujeitam-se, como os empregados em geral, à carga horária prevista no artigo 7º, XIII, da Constituição e aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho, os atletas profissionais de futebol[30], os médicos[31] e os engenheiros[32]. O marítimo também tem jornada de oito horas, mas a intermitência de seu trabalho autoriza a divisão dessa jornada em *quartos*[33] de pelo menos uma hora e no máximo quatro horas, sendo os intervalos de no mínimo quatro horas, tudo em consonância com o artigo 248, §§ 1º e 2º, da CLT.

10.2.5 Compensação de jornadas. *Banco de horas* e fonte do direito

A única hipótese em que o labor prestado além da oitava hora diária não deve ser remunerado com o adicional de 50% é aquela em que se dá a compensação de jornada, autorizada por acordo ou convenção coletiva de trabalho. Bem entendido, a *compensação de jornada* se revela quando o excesso de horas em um dia é compensado pela correspondente diminuição em outro dia. Exemplo típico de compensação de jornada é a *semana inglesa*, em que as horas que seriam de trabalho aos sábados são distribuídas em meio aos demais dias da semana.

Assim, a semana de trabalho tem quarenta e quatro horas, mas repartidas pelos cinco primeiros dias úteis, ou seja, de segunda a sexta-feira. Era esse o módulo semanal de compensação, o único possível até o advento da Lei 9601, de 21/1/98, que alterou o artigo 59, §2º da CLT e lhe acrescentou o §3º, sucedendo-se nova alteração nesse dispositivo celetista até que alcançasse ele sua atual redação:

> Art. 59, §2º: "Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias".

---

[30] *Vide* Lei 6354, de 1976.

[31] *Vide* Súmula 370 do TST: "Tendo em vista que as Leis nº 3999/1961 e 4950/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias".

[32] *Vide* texto da Súmula 370, na nota de rodapé anterior.

[33] Em linguagem náutica, *quarto de modorra* significa o segundo quarto da noite, em que o sono se torna mais pesado, quase invencível; *quarto de prima*, o primeiro quarto da noite. Em linguagem castrense, *quarto de sentinelas* são as duas horas por que se estende, pelos regulamentos militares, cada vigília das sentinelas.

> Art. 59, §3º: "Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão".

Inovou-se, dessa maneira, o módulo anual de compensação de jornada, que os intérpretes do trabalho logo intitularam *banco de horas.* Cuida-se da possibilidade de acordo ou convenção coletiva de trabalho permitir que o empregado cumpra jornada superior à de oito horas – o que se dá, normalmente, em período de maior demanda dos bens produzidos ou serviços prestados pela empresa –, compensando esse tempo excedente com a diminuição proporcional das horas de trabalho em períodos de demanda reprimida, desde que essa compensação se dê no prazo máximo de um ano. Havendo dissolução do contrato antes de o empregado ter reduzida a sua jornada, para compensar as horas excedentes que já prestou, a sobrejornada é remunerada como hora extra, com o adicional de 50%.

Ao menos três notas são necessárias, ao exame desse módulo anual de compensação de jornada. A primeira nota é alusiva à ruptura de um padrão de conduta que era tradicional no direito do trabalho, dizendo respeito à remuneração do trabalho até o início do mês subseqüente ao da prestação laboral, em conformidade com o artigo 459 da CLT. No novo (entre nós, brasileiros) módulo anual, a hora de trabalho, que será compensada até um ano depois de prestada, não é remunerada desde logo, o que tem inspirado no trabalhador a angustiante sensação de que está a laborar sem receber a contraprestação salarial. A hora excedente será remunerada quando compensada, convertendo-se em hora extraordinária, devida com o adicional de 50%, se não o for e o contrato se dissolver.

Uma segunda nota importante é relativa à circunstância de o citado dispositivo não regular a hipótese em que o empregado já teve reduzida a sua jornada, pois ingressou na empresa em período de menor atividade econômica, mas o seu contrato se dissolveu antes de ele prestar sobrejornada que compensasse as horas sem trabalho. Nessa hipótese, que é inversa à prevista em lei (artigo 59, §3º, da CLT), entendemos que nada deverá o empregado se o contrato se dissolver sem sua culpa ou iniciativa, pois o risco da atividade econômica é do empregador. Caso o empregado se demita ou provoque a sua dispensa com o mal-disfarçado objetivo de não compensar a redução de jornada, parece-nos razoável exigir do empregado a remuneração das horas de trabalho que não prestou. O tema ainda é pouco explorado, porém, nas arengas judiciais.

A última nota é concernente à espécie normativa que pode permitir a compensação de jornada. Bastaria o ajuste individual, entre empregado e empregador, sem a participação do sindicato que representa a categoria profissional? Sendo afirmativa a resposta, estaremos a aquiescer com a conduta de empregador inescrupuloso que, mantendo alta rotatividade entre os seus empregados, todos com contrato de curta duração, poderia obter, no processo admissional e protegido pela ameaça de desemprego que ronda a vida social, a concordância expressa do empregado no sentido de que toda a sua sobrejornada seria compensada em até um ano. Ao final do breve contrato, pagaria as horas excedentes como horas extraordinárias e teria, assim, adiado a remuneração de tais horas por vários meses...

Em se entendendo que o *banco de horas* pode ser ajustado em contrato individual, haveria meio de a Justiça do Trabalho inibir essa conduta atávica e desonesta, a de o empregador ajustá-lo visando a retardar a remuneração de horas extras, impedindo que ela se tornasse comum? Identifiquemos, então, a espécie normativa (contrato individual ou norma coletiva?) que, autorizada pela norma constitucional, pode dar ensejo à compensação de jornada.

O artigo 7º, XIII, da Constituição assegura, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho". A primeira dúvida a surgir, na exegese do dispositivo, foi gramatical: o adjetivo *coletiva* estaria qualificando apenas o substantivo *convenção*, com o qual concorda em gênero, ou também estaria a qualificar o substantivo *acordo?* Houve consenso no sentido de o adjetivo estar qualificando *convenção*, e não *acordo*, pois se também se referisse a este vocábulo estaria no masculino plural (*coletivos*).

Para além da discussão filológica, opõe-se, contudo, a necessidade de sistematizar a matéria, adequando o seu trato à regência dos princípios que a inspiram, no texto constitucional. Pode-se reparar, a propósito, que o artigo 7º, VI, exige *convenção ou acordo coletivo* para a redução de salário; o artigo 7º, XIII, refere-se a *acordo ou convenção coletiva* como pressuposto da compensação de jornadas; o artigo 7º, XIV, autoriza a prorrogação de turnos ininterruptos de revezamento mediante *negociação coletiva.* Ao nosso ver, os mencionados incisos e o inciso XXVI do artigo sétimo da Constituição, bem assim o seu artigo 114, §2º, todos esses dispositivos servem à consagração do princípio da autodeterminação coletiva, pela norma maior. Como o texto constitucional foi submetido, antes de sua promulgação, a revisão gramatical, cuidou-se para que não se repetisse a mesma expressão sempre que remetida a matéria ao exame da vontade coletiva.

Atento a essa orientação principiológica, mais que à regra de gramática, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu, inicialmente e após acirrados debates, que o acordo exigido para a compensação de jornada, pelo artigo 7º, XIII, da Constituição, seria o *acordo coletivo*[34].

O entendimento sinalizou, inclusive, uma nova construção jurisprudencial que, embasada em decisões daquela alta corte trabalhista, fez prevalecer a vontade coletiva sobre os dispositivos da CLT que previam a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho nos casos de compensação de jornada em atividade insalubre (artigo 60 da CLT) e a limitação em duas por dia das horas que poderiam ser compensadas (artigo 59, §2º, da CLT). Ao tratar da compensação de jornada em atividade insalubre, o TST editou a Súmula 349 da súmula de sua jurisprudência:

> A validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da Constituição da República; art. 60 da CLT).

[34] Nesse sentido: TST, Terceira Turma, Redator designado Ministro Jose Luiz Vasconcellos, Acórdão n 5949 - RR n. 176766, Decisão em 14.08.1996, DJ 27 09 1996, p. 36456.

Quanto à limitação, imposta pelo artigo 59, §2º, da CLT, de não ser, em qualquer regime de compensação, ultrapassado o máximo de dez horas diárias, o Tribunal Superior do Trabalho manteve, a princípio, a coerência de explicitar a autoridade da norma coletiva, em detrimento da norma legal, sempre com esteio no artigo 7º, XIII, da Constituição. A ementa[35] seguinte é disso expressiva:

> Horas extras. Acordo de compensação. Validade do regime de 12 por 36 horas. Tendo em vista o disposto no art. 7º, XXVI, da Lei Maior, a autonomia da negociação coletiva deve prevalecer de forma a valorizar a negociação entre os representantes das categorias defendidas. Por outro lado, o art. 7º, XIII, da Carta Política faculta a compensação de horário, mediante acordo ou convenção coletiva, sem impor quaisquer limitações. Assim, combinando os incisos supracitados, deve prevalecer o instrumento coletivo celebrado entre as partes, que estipulou o regime de revezamento de 12 horas trabalhadas por 36 de descanso. Ademais, o art. 59, §2º, da CLT, que dispõe sobre a faculdade de prorrogação da jornada normal de trabalho, mediante acordo de compensação, desde que não ultrapasse o limite de dez horas, refere-se, expressamente, às jornadas diárias, enquanto que, no regime de revezamento de 12 por 36 horas, a prorrogação não é diária, pois existe período de 36 horas para descanso. Revista conhecida e provida.

Isso não obstante, a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho reviu tal posição, segundo a qual o acordo coletivo, não apenas o acordo individual, seria indispensável à compensação de jornada. A Súmula 85, II do TST[36] assim se posiciona: "O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário".

A aparente desarmonia na jurisprudência seria resultante do seguinte aspecto: o TST, mediante a sua Súmula 349, liberou a compensação de jornadas no trabalho em condições insalubres da prévia autorização do Ministério do Trabalho porque bastaria a intervenção sindical prevista no art. 7º, XIII da Constituição, mas, em seguida, interpretou esse mesmo dispositivo constitucional no sentido de a compensação de jornadas poder operar-se sem a participação de sindicatos.

De toda sorte, cristaliza-se a jurisprudência no sentido de somente se permitir a compensação de jornadas mediante ajuste individual, nos moldes da Súmula 85 do TST, quando a compensação se opera nos limites do módulo semanal, exigindo-se a negociação coletiva de trabalho nos casos em que a compensação de jornada se dá mediante banco de horas. São vários os julgados do Tribunal Superior do Trabalho que seguem esse entendimento[37].

10.2.6 Turnos ininterruptos de revezamento

Entre os direitos sociais, de índole trabalhista, fundados na Constituição, está a "jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva". Assim dispõe o artigo 7º, XIV, da Carta Magna.

---

[35] TST-RR-346.292/97 – 5ª. T. – Rel. Juiz Convocado Levi Ceregato - DJU 17.12.99.

[36] A Súmula 85 incorporou a anterior orientação jurisprudencial n° 182 da SBDI 1 do TST.

[37] Nesse sentido as seguintes decisões da SBDI 1: E-RR - 3100-06.2005.5.09.0068, E-RR - 191300-34.2001.5.02.0261, E-RR - 2113700-10.2002.5.12.0900.

A expressão *turnos ininterruptos de revezamento* deve ser compreendida como aquela a encerrar o labor sem interrupção, ressalvados os intervalos legais, e em sistema de rodízio, de modo a não sofrer solução de continuidade em meio às vinte e quatro horas de todos os dias. Embora haja, comumente, a menção à continuidade da atividade econômica, interessa, particularmente, a continuidade do serviço executado pelo empregado, na empresa, por todas ou quase todas as horas de todos os dias[38].

Em escrito anterior, vínhamos sustentando, com o respaldo de doutrina e jurisprudência convergentes[39], que o regime de turnos ininterruptos de revezamento se descaracterizaria quando fossem interrompidos por algumas horas de inatividade ou quando houvesse horas de trabalho, diurnas ou noturnas, em que o empregado não trabalhasse. Mas nos parece que o Tribunal Superior do Trabalho tem razão quando se posiciona de modo diferente e assim atende mais amplamente ao desígnio constitucional, fazendo-o por meio da orientação jurisprudencial n. 360 da SBDI 1 do TST:

> Turno ininterrupto de revezamento. Dois turnos. Horários diurno e noturno. Caracterização. Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta.

A prevalecer tal entendimento, o empregado se submete a esse regime especial quando os seus turnos de trabalho se alternam entre turnos diurnos e noturnos, de maneira a que o seu relógio biológico e a sua saúde enfim possam ser virtualmente abalados por sistema de revezamento que não considera a predisposição orgânica para o sono em horários regulares e preferencialmente noturnos. Em suma, configura-se o regime de turnos ininterruptos de revezamento pela presença de dois aspectos: a sujeição a regime de revezamento e a presença de turnos diurnos e noturnos.

Havendo turnos ininterruptos de revezamento, a prorrogação da jornada normal – de seis horas – é possível somente por meio de negociação coletiva de trabalho. É vedado ao legislador infraconstitucional imiscuir-se no assunto, pois está ele reservado, apenas, à vontade dos atores sociais. A jurisprudência vem enfatizando, inclusive, que a prorrogação não imorta a autorização par a prestação de horas extraordinárias, pois o que se alarga é a própria jornada normal, em vista da especificidade das condições de trabalho. A Súmula 423 do TST assim o diz:

> Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento das 7ª e 8ª horas como extras.

A doutrina e a jurisprudência mal disfarçam, contudo, a dificuldade, que emergiu a partir da necessidade de se dar efetividade à norma constitucional, de solucionarem três questões jurídicas: a) como compatibilizar a meia-expressão *turnos ininterruptos* com a regra celetista de que a jornada excedente de quatro horas deve conter

---

[38] Os vigilantes de uma fábrica podem trabalhar, em turnos ininterruptos de revezamento, mesmo quando a fábrica está inativa, à noite.

[39] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho.* São Paulo : Atlas, 2001. p. 463. O autor afirma secundar Amauri Mascaro Nascimento. Ainda sobre a descaracterização dos turnos ininterruptos de revezamento quando o empregado não trabalha em todos os turnos: TST-ERR-337610/97 – SBDI 1 – Rel. Min. José Luiz Vasconcellos – DJU 6.10.2000. Fonte consultada: Revista do Tribunal Superior do Trabalho 67/1, p. 407.

intervalo de quinze minutos, sendo de uma a duas horas o intervalo devido em meio a jornadas de mais de seis horas (artigo 71 da CLT); b) a dúvida sobre ainda viger o regime de trabalho previsto para a indústria petroquímica (Lei 5811/72), com turnos de revezamento de oito ou até doze horas, sem autorização em norma coletiva; c) como conciliar os turnos de seis horas com a redução ficta da hora noturna (artigo 73, §1º, da CLT). Analisemos cada uma dessas questões, indicando a orientação jurisprudencial prevalecente.

10.2.6.1 Os intervalos em turnos ininterruptos de revezamento

A palavra *turno* não tem o mesmo significado de *jornada*, pois é qualquer das subdivisões desta. O artigo 412 da Consolidação das Leis do Trabalho estatui, por exemplo e em favor do menor, que "após cada período efetivo, quer contínuo, quer dividido em 2 (dois) *turnos*, haverá um intervalo de repouso, não inferior a 11 (onze) horas". Num outro viés, é válido trazer à lembrança que *turnar*, em espanhol, significa revezar, sendo comum, entre os latinos, a referência a *turno* para mencionar uma das turmas que se revezam. A interpretação do artigo 7º, XIV, da Constituição não pode desprezar as duas tendências semânticas.

Se há *jornada de seis horas* no trabalho realizado em *turnos ininterruptos de revezamento*, dessome-se que os turnos (e não as jornadas) é que são ininterruptos (a) e que se revezam as turmas ou turnos entre si (b). Logo, a jornada não poderia, no caso, ser dividida em turnos. Houvesse a intenção de regular a sucessão de jornadas, com intervalo interno e em sistema de rodízio, decerto o texto constitucional faria alusão a *jornadas ininterruptas de revezamento.*

Tentando resgatar a origem da expressão, Arnaldo Süssekind[40] reproduziu, um mês depois de ser editada a Carta de 05/out/88, parte do debate havido entre os constituintes, na Comissão de Sistematização. O relator da matéria era o constituinte Bernardo Cabral e se manifestaram os constituintes Israel Pinheiro, Luís Roberto Ponte, Domingos Leonelli, Virgidásio de Senna e Mário Lima, convergindo todos quanto ao fato de o novo preceito constitucional assegurar jornada de seis horas para trabalhadores que cumprissem períodos de trabalho em seis horas ininterruptas. É essa a conclusão de Süssekind e, num outro artigo, também a de Octavio Bueno Magano[41].

Tudo não obstante, a jurisprudência reagiu à faculdade, que se outorgava ao empregador, de cobrar jornadas de até seis horas sem intervalo, num claro retrocesso em relação à regra inserta no artigo 71 da CLT. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado 360 da súmula de sua jurisprudência:

> A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da Constituição da República de 1988.

[40] SÜSSEKIND, Arnaldo. Jornada de trabalho em turnos de revezamento. Revista LTr 52-11/1327, São Paulo, ano 52, novembro 1988.
[41] MAGANO, Octavio Bueno. Turnos ininterruptos de revezamento. Revista LTr 53-6/653, São Paulo, ano 53, junho 1989.

Também o Supremo Tribunal Federal adotou, por maioria expressiva de votos[42], o entendimento de que a concessão de intervalo de quinze minutos dentro da jornada de seis horas, nas empresas que operam em turnos ininterruptos de revezamento durante as vinte e quatro horas do dia, não descaracteriza o sistema previsto no artigo 7º, XIV, da Constituição[43].

10.2.6.2 A sobrevigência da Lei 5811/72

A Lei 5811, de 1972, dispõe sobre o regime de trabalho dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos. A citada lei autoriza o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento de oito e de doze horas, restringindo esse último, o turno de doze horas, às atividades de exploração, perfuração, produção e transferência de petróleo no mar, bem como às atividades de exploração, perfuração e produção de petróleo em áreas terrestres distantes ou de difícil acesso.

Tanto no regime de oito horas quanto no de doze horas, o empregado pode ser obrigado a estar disponível, no local de trabalho ou em suas proximidades, durante o intervalo reservado a repouso e alimentação, sendo-lhe garantido o direito, em contrapartida, de receber alimento gratuito e a remuneração em dobro da hora de repouso e alimentação[44]. Sendo o regime o de oito horas, ao empregado assiste o repouso de vinte e quatro horas consecutivas para cada três turnos trabalhados; no regime de doze horas, a proporção é de vinte e quatro horas consecutivas de repouso para cada turno de trabalho[45].

Há, portanto, um regime especial de trabalho na atividade petrolífera. A questão vexatória é, pois, concernente à possibilidade de o regime especial, regulado pela Lei 5811/72, não ter sido recepcionado pela ordem constitucional em vigor. O dissenso é essencialmente jurídico e nos remete à controvérsia sobre a prevalência do critério da *hierarquia* ou o da *especialidade* quando estão em conflito uma norma geral superior e uma norma especial de menor grau hierárquico. Refletindo sobre o tema, Norberto Bobbio não esconde a sua perplexidade, a dificuldade de pôr cobro a uma antinomia jurídica de tal ordem, ao afirmar:

> O caso mais interessante de conflito é [...] aquele que se verifica quando entram em oposição não mais um dos dois critérios fortes (hierárquico e de especialidade) com o critério fraco (o cronológico), mas os dois critérios fortes entre si. É o caso de uma norma superior-geral incompatível com uma norma inferior-especial. (...) Qual dos dois critérios se deve aplicar? Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também, neste caso, como no da falta de critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia

[42] Dez votos contra um, do Ministro Carlos Mário Velloso.
[43] Ao apreciar o RE 205815 (Sessão de 4-12-97). No mesmo sentido: RTJ 173/945 (RE 208118). Às vezes, o caráter *ininterrupto* é associado à atividade empresarial e não ao trabalho individual do empregado (decisão do STF, nesse sentido, na Revista LTr 62-09/1210), sem embargo de o preceito sob análise não se referir, textualmente, a *turnos de revezamento em atividade empresarial ininterrupta*.
[44] *Vide* artigos 2º, §2º e 3º, II e III, da Lei 5811/72.
[45] *Vide* artigos 3º, V e 4º, II, da Lei 5811/72.

> e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derrogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva freqüentemente a fazer triunfar a lei especial.[46]

Sucede, todavia, que não se pode olvidar o fato que o poder constituinte quis regulado. Com tal propósito e após examinar os debates que precederam a votação do dispositivo constitucional sob foco, observou Arnaldo Süssekind[47]:

> A imediata e plena vigência do questionado inciso XIV determina, por incompatibilidade, a revogação das disposições da aludida Lei n. 5811 sobre o tema. É que esse diploma legal de 1972 teve por finalidade exclusiva possibilitar a adoção de turnos ininterruptos de oito ou doze horas, em escalas de revezamento, nas atividades que relacionou. As prestações por ele instituídas em favor dos empregados correspondiam a compensações pela penosidade do trabalho sem intervalo em jornadas superiores às recomendadas e generalizadas; foram vinculadas e condicionadas à prestação de serviços, sem interrupção, em longas jornadas de trabalho. Ora, foi precisamente esse regime de jornadas ininterruptas em turnos de revezamento que a Assembléia Nacional Constituinte quis extinguir, ressalvada a hipótese de ser estipulado em negociação coletiva.

Com efeito, os constituintes verbalizaram mesmo a clara intenção de impor o turno de seis horas para o trabalho na indústria petroquímica[48]. Optam os tribunais trabalhistas, contudo, por privilegiar o critério da especialidade, como se pode extrair de julgamento recente da SBDI 1 do TST[49]:

> A Lei 5811/72 cuida de uma situação específica, ou seja, de empregados da indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados e plataforma. Veio para regular as condições de trabalho dos petroleiros e daqueles que laboram em plataformas marinhas, concedendo-lhes vantagens, como repouso de 24 (vinte e quatro) horas após o trabalho em regime de revezamento em turno de doze horas, entre outros, previstos nos incisos I, II, III e IV do artigo 3º da referida Lei. Com a edição da referida lei, os petroleiros e trabalhadores afins obtiveram sensível melhora das condições de trabalho a que, até então, estavam sujeitos. Não é aceitável a tese de que a Constituição Federal tenha revogado a legislação especial da categoria, impondo-lhe normas gerais previstas para todos os trabalhadores, como é o caso do artigo 7º, incisos XIII e XIV, da Constituição da República, visto que, sem sombra de dúvida, a Lei n. 5811/72 é mais favorável à classe dos petroleiros e trabalhadores afins. Quando a Constituição Federal adentrou por todos os campos do Direito do Trabalho, estabeleceu de forma

---

[46] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : Editora UnB, 1997. p. 108.

[47] SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993. p. 719. Em igual sentido, Sergio Pinto Martins (*op. cit.* p. 462).

[48] Na transcrição dos diálogos, levada a efeito por Süssekind (Revista LTr 52-11/1327), nota-se que os constituintes Virgidásio de Senna e Mário Lima enfatizam a adoção da jornada de seis horas na indústria petroquímica.

[49] TST, SDI 1, ERR 359979/97, Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 22.06.01, p. 306.

> genérica, sem violentar aquilo que o legislador já o expressara de forma determinada. Recurso de Embargos não conhecido.

A Súmula 391, I, do TST proclama a ultra-atividade da Lei nº 5.811, de 1972: "A Lei nº 5.811/72 foi recepcionada pela CF/88 no que se refere à duração da jornada de trabalho em regime de revezamento dos petroleiros".

10.2.6.3 A redução da hora noturna no sistema de turnos ininterruptos de revezamento

Ao estudarmos o adicional noturno, em capítulo anterior de nosso curso, notamos que há, ainda embrionária, discussão jurisprudencial sobre ser compatível a redução ficta da hora noturna com a jornada prevista para os turnos ininterruptos de revezamento. Reiteramos, assim, a ementa[50] que deu maior projeção à quizila jurídica:

> O trabalho em turnos ininterruptos de revezamento não se compatibiliza com o cômputo da jornada noturna como reduzida, uma vez que supõe a fixação de 4 turnos de 6 horas para cobrir as 24 horas do dia. Se fosse computada a jornada noturna reduzida, seria impossível fechar o quadro de 4 turnos, pois aquele que correspondesse à jornada noturna seria menor e descompassaria os demais. Revista provida em parte.

A decisão do Tribunal Superior do Trabalho evidencia a inteligência e o raciocínio lógico dos que a proferiram, compondo a sua Quarta Turma. Mas se expõe a um ponto crítico, que revela as antinomias em que incorre, sem querer, a experiência jurídica. É que os intervalos de pelo menos quinze minutos – os quais, consoante externamos, não descaracterizam os turnos ininterruptos de revezamento – se somam às jornadas de seis horas, acrescentando mais sessenta minutos (ou uma hora) ao final dos quatro turnos de trabalho[51]. Logo, o dia com quatro turnos, de seis horas e quinze minutos cada, precisa ter vinte e cinco horas[52].

O turno ininterrupto de revezamento que seja inteiramente noturno deverá ter somente cinco horas e quinze minutos, computando-se a redução ficta da hora noturna (1 hora convencional = 52 min 30 seg)[53]. Portanto, a Súmula 360 do TST, que mantém a exigência de intervalo para empregados que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento, faz renascer a coerência sistêmica, a compatibilidade entre a jornada de seis horas dos turnos ininterruptos de revezamento e a redução ficta da hora noturna, prevista no artigo 73, §1º, da CLT. Restava esperar as novas investidas da jurisprudência trabalhista e ela não tardou a reagir, conforme se extrai da orientação jurisprudencial n. 395 da SBDI 1:

> O trabalho em regime de turnos ininterruptos de revezamento não retira o direito à hora noturna reduzida, não havendo incompatibilidade entre as disposições contidas nos arts. 73, § 1º, da CLT e 7º, XIV, da Constituição Federal.

Aplica-se, portanto, a redução ficta da hora noturna quando há trabalho em turnos ininterruptos de revezamento.

10.2.7 Trabalhadores não protegidos pela norma regente da duração do trabalho

---

[50] TST, RR 347763/97-9, Ac. 4ª T., 20/9/2000, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Revista LTr 65-01/42.
[51] [4 turnos x (6 h + 15 min) = 24 horas + 60 minutos]
[52] [6,25 horas x 4 = 25 horas]
[53] [5 h 15 min = 315 min : 52,5 min = 6 horas noturnas]

A doutrina trabalhista não é convergente a propósito de ter sido recepcionada, pela Constituição em vigor, a norma inserta no artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, cujo preceito exclui da proteção assegurada em seu Capítulo II, que trata da duração do trabalho, empregados que prestam serviço externo incompatível com a fixação de horário de trabalho e os gerentes, com poder de gestão, além dos diretores e chefes de departamento ou filial – quando os gerentes, diretores e chefes recebem salário do cargo de confiança ou gratificação não inferior ao limite percentual estabelecido pelo parágrafo único do citado artigo.

O Tribunal Superior do Trabalho assumiu posição de indiscutível prudência em meio ao embate jurídico, como se pode inferir da ementa seguinte[54]:

> O art. 62 da CLT foi recepcionado pela atual Carta Magna, pois excetua circunstâncias de trabalho não sujeitas a horário ou nas quais o controle da jornada se faz impraticável, em presença das quais inexiste obrigação de remunerar como extraordinário o trabalho prestado. Essas disposições, por específicas, não se atritam, mas, ao contrário, complementam a norma genérica do art. 7º, XIII, da CF.

Assim, o empregado que não pode pleitear horas extras e noturnas ou dobras de domingos e feriados é aquele que labora em condições que lhe permitem autodeterminar o seu tempo de trabalho, pois o fazem insusceptível a controle. Esse entendimento tem permitido relevar, inclusive e por sua desimportância, o elemento formal exigido no art. 62, I, da CLT, qual seja, a anotação de que há labor externo incompatível com o controle de jornada – que é uma condição especial de trabalho – na CTPS[55].

Sobre os altos-empregados, temos enfatizado que quando o gerente autodetermina a sua jornada de trabalho, a ele não assiste hora extra por essa circunstância, e não apenas por ser gerente.

A premissa válida é, portanto, a da incompatibilidade entre o limite constitucional da jornada e o fato de a jornada ser determinada pelo próprio trabalhador. Se o empregado que presta serviço externo recebe uma carga de trabalho que o obriga a cumprir jornada extenuante, ou tem o seu horário de algum modo controlado pelo empregador, está ele imune à norma excludente e, por isso, pode pleitear os adicionais gerados pelo labor em sobretempo ou à noite. O gerente que cumpre carga horária pode pleitear, igualmente, o adicional que incide sobre o tempo excedente da jornada preordenada pelo empregador.

10.3 Intervalos intrajornadas e interjornadas

O intervalo intrajornada é aquele que se situa dentro da jornada de trabalho, em meio a ela. Há, ainda, os intervalos interjornadas, vale dizer, entre as jornadas de trabalho.

Para o empregado labora das 8 às 12h e das 14 às 18h, o seu intervalo intrajornada se estende das 12 às 14h, coincidindo com o seu horário de almoço.

---

[54] TST, RR 313641/96.6, Rel. Min. Armando de Brito, Ac. 5a. T. 10531/97. *Apud* Valentin Carrion, *op. cit.*, p. 110.

[55] Nesse sentido: TST, SDI 1, ERR-303642/96, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJU 4/2/00, Revista TST, Brasília, vol. 66, n. 1, jan/mar 2000, p. 357.

Por sua vez, o primeiro intervalo interjornada se inicia, no caso, às 18h e termina às 8h da manhã seguinte, com a sua volta ao trabalho. No exemplo dado, outros intervalos interjornadas corresponderiam, certamente, ao repouso semanal, ao descanso em feriados e nos períodos de férias. Vamos por partes.

10.3.1 Intervalos intrajornadas

Quando examinamos os critérios especiais de fixação da jornada, pudemos observar que há intervalos intrajornadas que, em caráter excepcional, integram-se à jornada de trabalho do empregado (item 2.2.3, *retro*). Regra geral, o intervalo intrajornada não é, todavia, computado no tempo de trabalho, não sendo, assim, remunerado. Reza o artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho:

> "Art. 71 – Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.
>
> § 1º – Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.
>
> § 2º – Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.
>
> § 3º – O limite mínimo de 1 (uma) hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho e Previdência Social, quando, ouvido o Departamento Nacional de Higiene e Segurança do Trabalho (DNHST), se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.
>
> § 4º – Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinqüenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho".

A propósito da extensão do intervalo, bem se vê que este será de pelo menos quinze minutos se a jornada for de mais de quatro horas e de até seis horas. Será de uma a duas horas o intervalo nos casos em que a jornada for de mais de seis horas.

10.3.1.1 Intervalo mínimo. Autorização do Ministério do Trabalho para redução e efeitos da supressão

Permite-se, mas apenas através da prévia autorização do Ministério do Trabalho, a redução do limite mínimo de uma hora, devido aos empregados com jornada de mais de seis horas. A norma individual ou coletiva[56] não basta à redução do intervalo mínimo, dada a necessidade de ser inspecionado o atendimento às exigências previstas no artigo 71, §3º, da CLT.

---

[56] Nesse sentido, a orientação jurisprudencial n° 342 da SDI I do TST é conclusiva: "É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva".

Quando o empregador não concede o intervalo mínimo (de quinze minutos ou de uma hora, a depender da jornada), obriga-se a remunerar o tempo correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da hora normal de trabalho. Não há, então, hora extra, mas o legislador comina uma sanção pecuniária de valor igual à remuneração mínima de uma hora extraordinária, como forma de estimular o cumprimento do preceito normativo.

O fato de o valor da sanção coincidir com o da hora extra levou alguns juízes a associá-la a alguma hora física, em que teria havido trabalho, embora devesse haver intervalo. O raciocínio os fez concluir que a citada hora já estaria remunerada, faltando o empregador pagar apenas o adicional. A nosso pensamento, a circunstância de o valor da hora extra ter sido considerado como parâmetro justo para o valor da sanção longe está de ter essa conseqüência: a hora trabalhada é remunerada porque foi hora de efetivo trabalho; a de intervalo, por outra causa, vale dizer, pela causa oposta. Ademais, a interpretação literal do artigo 71, §4º, da CLT dispensa até mesmo a máxima *in dubio pro misero* ao impor a sanção correspondente à remuneração da hora *com* o adicional. Malgrado a dissensão na jurisprudência, a exegese dada ao dispositivo pelo Tribunal Superior do Trabalho[57] se coaduna com o nosso entendimento, conforme se nota à leitura da orientação jurisprudencial n. 307 da sua SDI 1:

> Após a edição da Lei nº 8923/1994, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).

Ademais, entendemos que o tempo de intervalo que deveria ser remunerado, com o adicional de 50%, seria o tempo que faltaria para completar o intervalo mínimo. Assim se daria, a nosso sentimento, a forma mais justa de aplicar a sanção legal, pois resulta injusto que o empregador flagrado ao conceder intervalo quase completo seja punido com o mesmo rigor aplicado àquele que não concedeu intervalo algum. Mas o TST vem decidindo que o pagamento *total* do tempo de intervalo (vale dizer, o pagamento de uma hora, com o adicional, para os empregados que cumprem jornada de mais de seis horas) deve ocorrer mesmo quando o empregador concede parte desse intervalo[58].

O mesmo TST tem decidido que a remuneração do intervalo intrajornada – devida quando o intervalo é reduzido ou não concedido pelo empregador – deve repercutir no cálculo de outras parcelas porque se reveste de natureza salarial. Assim está inscrito na orientação jurisprudencial n. 354 da SDI 1 do TST.

10.3.1.2 Intervalo máximo. Possibilidade de prorrogação por norma escrita. Efeitos da dilação não autorizada

Sobre o intervalo máximo de duas horas, cabe frisar que somente pode ele ser excedido se ajuste individual e escrito ou acordo coletivo o autorizar. A Súmula 118 do TST explicita a sanção recomendada contra a violação de citada regra: "Os intervalos concedidos pelo empregador, na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam

---

[57] *Vide,* também: TST, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, RR 550922/99, DJ 20.10.2000; TST, SDI 1, Rel. Min. Vantuil Abdala, Processo n. TST-ERR 499103/98, j. 05.11.2001.

[58] *Vide* TST, 5ª Turma, Rel. Min. Gelson de Azevedo, RR 18092/2002, DJ 20/05/05; TST, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Lenvenhagen, AIRR e RR 110762/2003, DJ 08/10/04.

tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada".

Assim, se o empregado trabalha, em um dia qualquer, das 8h às 12h e das 15h às 19h, assiste-lhe o direito à remuneração de uma hora extraordinária, pois a hora excedente em seu intervalo, quando somada à jornada de trabalho efetivo, importa a nona hora diária de tempo à disposição do empregador. Se, em vez de laborar até às 19h, esse mesmo empregado encerra sua jornada às 18h em tal dia, não presta hora extraordinária[59].

10.3.2 Intervalos interjornadas

Ao cuidarmos dos intervalos interjornadas, interessante é enfatizar, sob o escólio de Rodrigues Pinto[60], que o descanso entre duas jornadas (a), o repouso semanal (b) e as férias (c) visam a "uma tríplice finalidade, física, social e econômica. A primeira objetiva a simples recuperação do organismo; a segunda, o conforto do trabalhador junto à sua família e ante a sua comunidade; a terceira, a manutenção de sua capacidade produtiva". O autor remata:

> De acordo com a extensão de cada repouso no tempo, associa-se mais diretamente com um desses fins. Os de curta duração praticamente se esgotam na recuperação orgânica; os de média duração se voltam mais para a satisfação social; os de longa duração (férias), para o resultado econômico da manutenção do nível produtivo do empregado.

Atingida a sua finalidade, o intervalo estará concedido, pois se cumpre a norma quando se alcança, em concreto, o seu fim social.

10.3.2.1 Intervalo entre duas jornadas

O artigo 66 da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve o direito a um intervalo mínimo de onze horas entre duas jornadas sucessivas. A desobediência a essa norma implica não somente a multa administrativa, a ser aplicada em consonância com o artigo 75 da mesma CLT. Há construção jurisprudencial que define a sanção cabível sempre que o empregador se vale do regime de revezamento de turnos para fazer coincidir o citado intervalo com o repouso semanal. Tratamos, neste passo, da orientação contida na Súmula 110 do TST:

> No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de vinte e quatro horas, com prejuízo do intervalo mínimo de onze horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

Logo, se um empregado, que folga aos domingos, presta trabalho em turnos de seis horas, em regime de revezamento (6 às 12h em uma semana, 12 às 18h na semana seguinte, assim sucessivamente), e encerra uma sua jornada às 24h do sábado, o novo turno de trabalho não pode se iniciar nas primeiras horas da segunda-feira, mas deve ser o trabalhador escalado para o turno das 12h desse dia. É que o tempo trabalhado, até que se completem onze horas de descanso após o repouso semanal de vinte e quatro horas, haverá de ser computado como horas extraordinárias.

---

[59] [(12h – 8h) + (15h – 14h) + (18h – 15h)] = [4 horas + 1hora + 3horas] = 8horas

[60] *Op. cit.* p. 348.

Não vemos razão, porém, para adotar tal orientação apenas em favor de empregados que trabalham em regime de revezamento. A supressão do intervalo interjornada de onze horas deve implicar sempre o cômputo, como sobrejornada, do tempo de trabalho ocorrido em seu prejuízo.

Enfrentando, em boa hora, o tema, o Tribunal Superior do Trabalho editou a orientação jurisprudencial n. 355 da sua SDI 1, a consagrar:

> O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no §4º do art. 71 da CLT e na Súmula n. 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Sempre propusemos que o fundamento para que assim se entendesse se apegasse à compreensão de que uma jornada não se encerraria enquanto o intervalo interjornada de onze horas não se cumprisse, integralmente. Exemplo: a jornada que se iniciasse às 8h, mas sem que se concluísse o intervalo interjornada de onze horas, conteria horas extras e somente depois se iniciaria a jornada normal. Mas haveria então um paradoxo: se a jornada normal desse dia (referimo-nos ao dia seguinte, que começaria sem a observância do intervalo interjornada de onze horas) somente se iniciaria quando as horas extras do dia anterior terminassem, neutralizar-se-ia, assim, o efeito da OJ 355, pois as horas extras que correspondessem às primeiras horas do dia fariam com que as horas extraordinárias ao fim desse dia se convertessem em horas normais...

O critério de adotar, analogicamente, a regra legal estabelecida para a supressão do intervalo intrajornada foi, também por isso e sem dúvida, de manifesta propriedade, alcançando o mesmo objetivo por que vínhamos pugnando.

10.3.2.2 Repouso semanal e em feriados

É certamente de origem religiosa o direito ao descanso semanal. Os hebreus descansavam aos sábados, tendo *sabbath* o significado de descanso. Os católicos guardam os domingos, dia da ressurreição de Cristo, prescrevendo a Encíclica *Rerum Novarum* que "o direito ao descanso de cada dia, assim como à cessação do trabalho no dia do Senhor, deve ser a condição expressa ou tácita de todo contrato feito entre patrões e operários"[61].

O artigo 7º, XV, da Constituição assegura "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos". Não é mais previsto, em sede constitucional, o repouso em feriados civis e religiosos[62]. Quanto ao repouso remunerado em feriados, está o direito regulado pela Lei 605, de 1949, e pela Lei 9093, de 1995, como elucidaremos.

A) A *preferência* da folga aos domingos

Em respeito à tradição católica do povo brasileiro, a norma constitucional elegeu o dia de domingo como aquele em que, preferencialmente, deveria ocorrer a folga semanal. Noutras palavras: a folga em um dia da semana é direito indisponível e inviolável,

---

[61] *Apud* MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.* p. 486.

[62] Como nota Sergio Pinto Martins (*op. cit.* p. 487), dispuseram sobre o descanso semanal e em feriados as constituições de 1934 (artigo 121, §1º, e), de 1937 (art. 137, d) e, assegurando não só o descanso semanal e feriados, mas a sua remuneração, as constituições editadas em 1946 (art. 157, VI) e em 1967 (art. 158, VII; EC n. 1/69: art. 165, VII). A Constituição de 1988 assegura a remuneração do repouso semanal, mas não se reporta aos feriados.

mas a sua ocorrência em dia de domingo é apenas recomendada pela Carta Magna. Dando sentido a essa *preferência* constitucional, o artigo 67 da Consolidação das Leis do Trabalho está, não é de agora, a prescrever:

> "Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte".

Com maior propriedade, a Lei 605, de 1949, e, especialmente, o artigo 6º do decreto[63] que a regulamenta, referiram-se à possibilidade de haver labor em dia de domingo, mas somente quando o justificarem as *exigências técnicas da empresa*. O artigo 5º, parágrafo único, da Lei 605/49 é elucidativo: "São exigências técnicas, para os efeitos desta Lei, as que, pelas condições peculiares às atividades da empresa, ou em razão do interesse público, tornem indispensável a continuidade do serviço".

A bem dizer, o Decreto 27.048, de 1949, ao regulamentar a Lei 605/49, especificou as empresas cujas exigências técnicas autorizam o labor em domingo (também em feriados, como adiante explicaremos). Prescindem de autorização expressa[64], portanto, os empregadores que exercem uma das dezenas de atividades ali enumeradas, sempre que pretenderem cobrar a prestação de trabalho dominical. Mas somente esses empregadores e aqueles que obtêm autorização do Ministério do Trabalho podem exercer atividade econômica aos domingos.

O dia de domingo será, pois, o dia de descanso, salvo se a continuidade do serviço impuser o labor nesse dia e, então, o empregador estará obrigado a instituir escala de revezamento[65] que permita coincidir a folga de cada trabalhador, periodicamente, com o dia de domingo.

Por sua vez, o artigo 2º, b, da Portaria do Ministério do Trabalho n. 417, de 10 de junho de 1966, exige que a escala de revezamento seja organizada de modo a assegurar que "pelo menos em um período máximo de sete semanas de trabalho, cada empregado usufrua pelo menos um domingo de folga".

Em tempo mais recente, a Lei n. 10.101, de 2000, que disciplina a participação em lucros e resultados, foi enxertada de dispositivo (artigo 6º e parágrafo único) que autorizou o trabalho aos domingos nas atividades de comércio em geral, desde que observadas a competência dos municípios para legislar sobre assunto de interesse local, a folga em um domingo a cada três semanas (no máximo), as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em normas coletivas.

Isso importa dizer que o comerciário protegido por norma coletiva, na qual se indiquem os domingos e feriados em que é permitido o trabalho, somente pode trabalhar nesses limites. Se a norma coletiva nada dispuser sobre o labor em domingo, o trabalho do comerciário pode ocorrer nesse dia, mas a folga semanal deve cair em dia de domingo a cada três semanas.

---

[63] Decreto 27.048, de 12.08.49.

[64] A autorização expressa era exigida, anteriormente, pelo artigo 68 da CLT.

[65] A escala de revezamento é exigida no artigo 6º, §2º, do Decreto 27.048/49, que regulamenta a Lei 605/49. Este dispositivo ressalva, apenas, os elencos teatrais e congêneres.

Se lei municipal, com o respaldo do artigo 30, I, da Constituição, proibir a abertura do comércio em domingos e feriados, seja em homenagem a costumes locais, inclusive de inspiração religiosa, seja para atender a outros interesses regionais (uso de vias públicas em dias de guarda ou festivos, incremento de outras atividades econômicas etc.), os comerciários deverão não trabalhar nesses dias.

Mas se norma coletiva ou lei municipal não contiverem proibição de labor em domingo ou feriado, o empregador-comerciante pode cobrar a prestação de trabalho em domingos (estabelecendo a citada escala de revezamento) e, como visto, a folga a cada três semanas. Consoante se verá no subitem seguinte, o trabalho dos comerciários em feriados estará a depender da permissão expressa em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

B) A folga obrigatória em feriados

Ainda quanto aos feriados, cabe reparar que nem todos são dias de descanso. A Lei 605, de 1949, em seu artigo 8º, veda o labor em feriados civis e religiosos, salvo quando as já citadas exigências técnicas da empresa o autorizarem. Inicialmente, supunha-se que os feriados civis poderiam ser previstos em lei federal, reservando-se à legislação municipal a indicação de um certo número de feriados religiosos. Mas a edição de leis federais que, com a mesma força imperativa da Consolidação das Leis do Trabalho, instituiu feriados religiosos fez sucumbir esse desejo do legislador.

A Lei 9093, de 1995, deu novo trato à matéria, ao prescrever que são feriados civis os declarados em lei federal[66] e a data magna do Estado, fixada em lei estadual, além dos dias de início e de término do ano do centenário de fundação do Município, com previsão em lei municipal.

Quanto aos feriados religiosos, a mesma Lei 9093 os limitou aos "dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão".

Logo, o empregador não está obrigado a conceder folga em feriados previstos em lei estadual que não correspondam à data magna do Estado, também não estando impelido a assegurar o descanso de seus empregados em feriados instituídos por leis municipais que não cuidem de dias de guarda, até o limite de quatro feriados, ou daqueles dias em que se festeja o centenário do Município. Se feriados estaduais ou municipais houver, excedendo esses limites de competência legislativa, o trabalho, neles, pode ser exigido. Não o sendo, obriga-se o empregador a remunerar a folga que, por liberalidade sua, concede.

Havendo exigências técnicas da empresa que permitam o trabalho em feriados, o empregador poderá remunerar o labor em dobro ou, ao seu alvitre, conceder outro dia de folga, tal como preceitua o artigo 9º da Lei 605, de 1949. A opção (*remuneração em dobro* ou *folga compensatória*) somente existe em relação ao trabalho ocorrido nos feriados. A prestação laboral em dia de domingo deve sempre observar, conforme já o dissemos, escala de revezamento que assegure folga em outro dia da semana e permita, periodicamente, a folga dominical. No tocante aos domingos, não há a alternativa, para o empregador, de remunerá-lo em dobro.

---

[66] Exemplos: Lei 662/49: 1º de janeiro, 1º de maio, 7 de setembro, 15 de novembro e 25 de dezembro; Lei 1266/50: 21 de abril; Lei 6802/80: 12 de outubro.

Acerca dos trabalhadores comerciários, o labor em feriados somente pode ocorrer quando expressamente autorizado por norma coletiva e quando não há restrição em legislação municipal, pois assim estatui o art. 6º-A da Lei 10.101/2000. Trata-se de caso peculiar em que um direito trabalhista não regulamentado exaustivamente por norma estatal foi sabiamente transferido à regência da norma coletiva, permitindo-se assim aos autores sociais que deliberem, em vista da peculiaridade do comércio que realizam, sobre os feriados em que o trabalho realmente se justifica.

C) A folga e a remuneração da folga

A Constituição consagrou a folga semanal, preferencialmente aos domingos. A norma infraconstitucional vem estabelecendo, por sua vez, os feriados de descanso obrigatório. O direito à folga nesses dias é indisponível e não está condicionado a qualquer exigência legal. Outra é a regra, contudo, quanto à *remuneração* dos dias de folga semanal e em feriados.

Mesmo lhe sendo assegurada a folga, o empregado poderá gozá-la sem a correspondente remuneração na hipótese de não atender a duas exigências legais:

I) assiduidade

II) pontualidade

Nesse sentido, o artigo 6º da Lei 605/49 preceitua: "Não será devida a remuneração quando, sem motivo justificado[67], o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior[68], cumprindo integralmente o seu horário de trabalho". O artigo 8º da mesma lei estende a exigência de assiduidade e pontualidade como pressupostos do direito à remuneração da folga em feriados.

A regra é clara: o empregado não tem direito à remuneração do seu dia de folga quando atrasar, injustificadamente e em um só dia da semana anterior, a sua chegada ao trabalho, também não o tendo se faltar ao serviço em um dia qualquer da semana que antecedeu o domingo ou o feriado em que folgou, sem justificar, validamente, essa falta. Cuida-se, bem se percebe, de norma de extremo rigor, pois uma falta não justificada (mesmo que justificável) importará o desconto (*rectius:* não pagamento) do dia em que houve a falta e autorizará o empregador, mais que isso, a não remunerar os dias de repouso da semana seguinte.

Noutro passo, o artigo 7º, XV, da Constituição assegura "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos". É de se questionar se tem fundamento constitucional de validade a norma inferior que limita, a tal ponto, a remuneração do repouso semanal. Haveria, em parte, uma negação do direito fundado na Carta Maior? A questão, cujo exame não poderia ser aqui exaurido, não pode abstrair o caráter de

---

[67] O §1º do citado artigo 6º da Lei 605/49 enumera os motivos justificados para a falta ao trabalho (art. 473 da CLT, ausência justificada a critério da administração da empresa, paralisação do serviço por conveniência do empregador, casamento do empregado e acidente de trabalho), prescrevendo o §2º que o atestado médico que autoriza essa falta deve ser emitido por médico do INSS ou, na falta deste e sucessivamente, de médico do Serviço Social do Comércio ou da Indústria, de médico da empresa etc. Essa ordem de preferência dos atestados médicos deve ser observada, como recomenda a Súmula n. 15 do TST.

[68] O artigo 11, §4º, do Decreto 27048/49 é elucidativo: "Para os efeitos do pagamento da remuneração, entende-se como semana o período de segunda-feira a domingo, anterior à semana em que recair o dia de repouso definido no art. 1º".

inicialidade do texto constitucional, que "do ângulo estritamente interpretativo impõe que seus termos e vocábulos sejam interpretados a partir dela mesma"[69]. Em se tratando, porém, de instituto que há muito vem sendo regulado pelo direito do trabalho, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto relativizam a impossibilidade de a interpretação da norma constitucional consultar o sentido tradicional da palavra ou expressão:

> Se se tratar de palavras de uso comum é este que deverá prevalecer. Se se tratar, contudo, de um termo técnico, o que se deve tomar em conta é toda a tradição existente em torno dele. O que não se pode é erigir uma fonte normativa qualquer como especialmente credenciada a fornecer-lhe o verdadeiro sentido"[70].

Havendo o direito à remuneração do dia de descanso, a regra a ser observada é aquela estatuída no artigo 7º da Lei 605, de 1949, que é de fácil inteligência:

a) Para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, a remuneração do repouso corresponderá à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas. A jurisprudência tem sido receptiva à inclusão, também, do adicional noturno habitual, segundo a sua média diária, na remuneração da folga. Uma última e necessária observação, relativa ao disposto no §2º do mesmo artigo 7º da Lei 605/49: "Consideram-se já remunerados os dias de repouso semanal do empregado mensalista ou quinzenalista[71], cujo cálculo de salário mensal ou quinzenal, ou cujos descontos por faltas sejam efetuados na base do número de dias do mês ou de 30 (trinta) e 15 (quinze) diárias, respectivamente".

b) Para os que trabalham por hora (ou seja, para os empregados *horistas*, que têm o seu salário calculado à razão da hora de trabalho), a remuneração do repouso equivalerá à de uma jornada normal, com igual inclusão da média de horas extras (também, a nosso ver, do adicional noturno, ante a clara intenção de igualar a remuneração do dia de trabalho à do repouso).

c) Para os que trabalham por tarefa ou peça, o equivalente ao salário correspondente às tarefas ou peças feitas durante a semana, no horário normal de trabalho, dividido pelos dias de serviço efetivamente prestados ao empregador.

d) Para o empregado em domicílio, o equivalente ao cociente da divisão por 6 (seis) da importância total da sua produção na semana.

Note-se que a remuneração da folga deve observar a remuneração média diária, sendo aguçado o esforço, que move o legislador, de estabelecer padrões alternativos de cálculo que servem a esse propósito.

D) A remuneração do trabalho em dia de folga

---

[69] Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* São Paulo : Editora Saraiva, 1989. p. 103. O autor faz remissão a obra ("Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais") que escreveu em conjunto com Carlos Ayres Britto.

[70] Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* p. 103.

[71] Cabe recordar que *mensalista* e *quinzenalista* não são os empregados que recebem ao final do mês ou da quinzena, respectivamente, mas, sim, aqueles cujo salário é calculado na proporção do mês ou da quinzena completa de trabalho.

Se o empregador não concede a folga em domingos e em feriados, ou em algum desses dias, também não a concedendo em outro dia da semana, estará infringindo preceito constitucional que toca à folga semanal – o que o submete a multa administrativa – e, ademais, deverá remunerar em dobro o domingo ou o feriado em que a folga foi suprimida.

Ao impor o artigo 9º da Lei 605/49 a *remuneração em dobro*, abriu discussão acirrada sobre ser devida a remuneração em dobro do trabalho realizado em dia de descanso (sem prejuízo da remuneração do repouso) ou apenas a dobra da remuneração desse dia, nos casos em que tal remuneração já se tivesse realizado. Por exemplo: o empregado recebe R$ 300,00 por mês, já incluída a remuneração do seu repouso semanal (artigo 7º, §2º, da Lei 605/49); caso trabalhe em um dia destinado à folga, teria direito a receber, por esse labor, mais R$ 20,00 (R$ 300,00 : 30dias/mês = R$ 10,00 x 2 = R$ 20,00) ou somente a dobra (R$ 10,00)?

Tentando solucionar a contenda jurídica, o verbete n. 461 da Súmula do Supremo Tribunal Federal veio a recomendar: "É duplo, e não triplo, o pagamento do salário nos dias destinados a descanso".

Parecia claro, portanto, que estava a jurisprudência a consagrar o entendimento de que o labor em dias de descanso acarretava, apenas, a obrigação de pagar a dobra (de *dobrar* a remuneração), não havendo respaldo para o pagamento em dobro ser acrescido à paga do repouso. Como o trabalho haveria, mesmo e sempre, de ser remunerado, a sanção legal estava a se esvaziar, era até inócua, pois nada mais, além da singela remuneração do trabalho, pagaria o empregador pelo fato de estar suprimindo a folga do seu empregado. A dobra da remuneração correspondia à mera remuneração pelo trabalho, como se infração nenhuma houvesse sido perpetrada.

Em vez de pedir a dobra pela supressão da folga dominical, o empregado que tinha cumprido a sua carga horária máxima, na semana antecedente, preferia, com razão, postular a remuneração do trabalho como hora extra, pois à *dobra* simples se somava o adicional de (no mínimo) 50%.

A matéria não se oferece mais a grande controvérsia. É que o Tribunal Superior do Trabalho, na esteira do entendimento esboçado pela doutrina e já antes externado pela orientação jurisprudencial n. 93 da SDI 1 (cancelada em novembro de 2003), alterou a redação da Súmula 146, que passou a ter a escrita seguinte:

> O trabalho prestado em domingos e feriados não compensados deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal[72].

[72] No julgamento de um dos vários casos-líderes, que deram ensejo à orientação jurisprudencial n. 93, acima referida, o Ministro Vantuil Abdala, então relator do processo[72], asseverou, contra o argumento de empregadora que insistia em pagar apenas a dobra da remuneração do repouso: "Aduz (a empregadora) que o v. acórdão embargado, ao desconsiderar que o repouso semanal já está incluído no pagamento mensal, e determinar o seu pagamento em dobro, acabou permitindo o pagamento triplo do pagamento do repouso semanal remunerado trabalhado. Sem razão a recorrente. Em primeiro lugar, não vislumbro qualquer vulneração ao art. 9º da Lei nº 605/49. Isto porque a melhor interpretação do referido dispositivo legal é exatamente no sentido de que deve ser paga em dobro a remuneração do trabalho realizado em dia feriado. Ademais, a "mens legis" é no sentido de que o empregado descanse pelo menos 01 (um) dia em cada semana. Assim, não se concebe que fosse estabelecer a lei o pagamento do trabalho em dia que deveria ser destinado ao repouso, da mesma maneira que o trabalho realizado em dias normais. A remuneração dobrada do dia de repouso trabalhado atende à "mens legis", servindo de desestímulo a que o empregador descumpra a lei,

É perceptível que o Tribunal Superior do Trabalho revisitou a Súmula 146 de sua jurisprudência para esclarecer que o dia de repouso deve ser remunerado e, quando nele se cobra trabalho, acresce-se à mencionada remuneração o seu valor em dobro, como contraprestação pelo labor prestado.

10.3.2.3 Férias

A) Conceito, finalidade e história das férias

Na sociedade ocidental, o trabalhador costuma reservar um período do ano para intensificar o convívio com a família e amigos, às vezes viajando para conhecer outros lugares ou se mudando, provisoriamente, para estações de veraneio. O seu descanso remunerado o reanima, quebra a rotina de trabalho e renova a sua capacidade produtiva.

Em países centrais, que monopolizam o alto conhecimento tecnológico e comandam a atual ordem econômica, ocorre de a riqueza estar mais bem distribuída e ser mais generosa a oferta de emprego, deliberando-se o gozo de férias e o seu período correspondente através da autonomia coletiva, à mercê da vontade dos atores sociais.

Entre outros povos, sobretudo em meio àqueles que tocam a economia dependente, periférica, provedora apenas de matéria-prima e mercado, a tradicional garantia de férias precisa ser erigida a direito fundamental e estar positivada em lei, pois o empregado carece de poder de barganha para exigi-la, sem pôr em risco o emprego, e o empregador a assimila, não raro, como custo financeiro sem contrapartida, além do desconforto de ter que suprir a ausência do empregado em gozo de férias.

A enciclopedia eletrônica Wikipedia informa que na Alemanha as férias são de 20 dias quando o empregado trabalha cinco dias por semana, podendo durar mais tempo se a periodicidade do trabalho for ainda maior; na Arábia Saudita e em Hong Kong, as férias são de 15 dias; na Argentina, de 14 a 35 dias, a depender da antiguidade do trabalhador na empresa; na Áustria, na Suécia e na França, de cinco semanas, sendo, na Áustria, de seis semanas para os empregados mais antigos na empresa; na Bélgica e na Hungria, de 20 dias; no Chile, de 15 dias úteis, elastecendo-se esse período na proporção da antiguidade no emprego; em Cuba, de 24 dias; em Israel, de 14 dias; na Espanha, de 30 dias, na Holanda e na Suécia, de quatro semanas; na Noruega, de cinco semanas e um dia; no Reino Unido, de 20 dias, mais 8 dias a depender do tipo de trabalho etc. No México, as férias após o primeiro ano seriam de apenas 6 dias, mas esse descanso se estende por mais tempo na proporção do tempo de trabalho na empresa.

Há países que não asseguram férias, como China, Austrália e Estados Unidos, malgrado as normas coletivas e regulamentos de empresa, onde existem, possam suprir essa omissão do legislador. E há o caso do Japão, que previa 10 dias de férias sem remuneração, mas, em razão da incidência elevada do *karoshi* (morte em razão do excesso de trabalho), sobreveio norma governamental exigindo férias de trinta dias.

---

impondo ao empregado o trabalho em dia que devia ser destinado ao repouso. Aliás, não fosse assim, sequer estar-se-ia respeitando o mandamento constitucional (art. 7º, inciso XVI) que determina o pagamento das horas extras com adicional de 50%. Isto porque quando se trabalha a semana toda e mais ainda no dia de repouso, estar-se-á trabalhando mais de 44 horas na semana, e, portanto, trabalhando em horas extraordinárias. Por essas razões não se vislumbra qualquer vulneração ao art. 9º da Lei nº 605/49 ou atrito com o Enunciado 146/TST".

A nossa realidade, embora não seja destoante quanto ao tempo de fruição de férias, mostra-se adversa no tocante à possibilidade de os empregados brasileiros usufruírem confortavelmente de seu tempo de descanso e lazer com o padrão salarial que lhes é peculiar. E assim o é a ponto de o poder constituinte de 1988 assegurar ao empregado uma remuneração de férias a que é acrescido 1/3 (um terço) de seu salário, pois vinha a ser este o acréscimo que correspondia à conversão – a máxima conversão possível – da terça parte das férias em dinheiro. Isso não obstante, o empregado brasileiro continuou *vendendo* a fração de suas férias e ainda acontece, muita vez, de o empregador engendrar a conversão ilícita de todo o período de férias em dinheiro, forjando documentos que sinalizam uma fruição inverídica destas.

Resgatando a história das férias, Rodrigues Pinto[73] observa que "o Tratado de Versalhes (1919) e a Convenção de Genebra (1921), emergentes da chamada I Guerra Mundial, deram decisivo impulso à sua universalização nos países industrializados ou em processo de industrialização, com a roupagem complexa (repouso + remuneração) que passou a revesti-la". Sobre as férias do empregado brasileiro, o autor assim a historia:

> Entre nós, as férias anuais remuneradas começam a ganhar corpo nos anos 20, refletindo, precisamente, a pressão social provinda dos documentos de Versalhes e Genebra e alcançando, de modo significativo, categorias profissionais dotadas de melhor estrutura, tais como as dos ferroviários e bancários. A Consolidação das Leis do Trabalho generalizou-as, como direito dos trabalhadores, respeitadas as exclusões feitas em seu art. 7º aos domésticos e rurais. As barreiras restritivas foram caindo, porém, na medida do avanço do País para a industrialização de sua sociedade.

B) Natureza jurídica das férias

No sistema jurídico-trabalhista, as férias se apresentam, contudo, como mais um período em que, à semelhança do que sucede com o repouso semanal e em feriados, há salário sem a correspondente prestação de trabalho. Adiante, veremos que a suspensão do trabalho, sem prejuízo de sua remuneração, classifica-se como *suspensão parcial do contrato* ou, segundo a dicção legal[74], como *interrupção do contrato.*

Ademais, as férias se configuram uma *obrigação de não fazer* imposta ao empregado e uma *obrigação de dar e de fazer* atribuída ao empregador[75]. Assim é porque o artigo 138 da CLT veda[76] ao empregado prestar serviço, durante as férias, a outro empregador, salvo se estiver compelido a fazê-lo em razão de contrato de trabalho regularmente mantido com este. Quanto ao empregador, deverá ele conceder as férias (obrigação de fazer) e as remunerar (obrigação de dar).

C) Aquisição do direito ao gozo de férias

---

[73] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 367.

[74] *Vide* artigos 471 e seguintes da CLT. Quando a execução do contrato é suspensa, tanto no tocante à prestação de trabalho quanto no que tange à contraprestação salarial, diz-se que há *suspensão* (ou *suspensão total*), e não *interrupção* do contrato.

[75] Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 371.

[76] A norma é aparentemente proibitiva, mas a própria caracterização como *norma* é relativizada pelo fato de não haver sanção prevista contra o empregado que a descumprir, trabalhando para outro empregador em meio a suas férias.

Como regra, o empregado adquire o direito a férias ao final de cada ano do contrato de trabalho. Diferente do que ocorre ao servidor público federal regido pelo ainda vigente Estatuto (Lei 8112/90), não importa o ano civil (01/jan/2003 a 31/dez/2003, *v.g.*). Para efeito de aquisição de férias, conta-se o ano contratual (06/abr/2000 a 05/abr/2001 ou, noutro exemplo, 14/maio/1999 a 13/maio/2000).

Se a cada ano de seu contrato o empregado adquire férias, diz-se que os anos contratuais sucessivos são *períodos aquisitivos.* Há, todavia, situações críticas do contrato de emprego que impedem a coincidência entre ano contratual e período aquisitivo, estando essas hipóteses enumeradas nos artigos 132 e 133 da CLT:

I. Quando o empregado deixa o emprego e não é readmitido dentro de sessenta dias subseqüentes à sua saída. Essa hipótese de interrupção do período aquisitivo, prevista no artigo 133, I, da CLT, refere-se ao caso em que o empregado pede demissão e não é admitido, para novo contrato, até o sexagésimo dia seguinte[77];

II. Quando o empregado permanece em gozo de licença remunerada por mais de trinta dias (art. 133, II, da CLT). A licença remunerada de até trinta dias não exerce qualquer influência na contagem do período aquisitivo. De toda sorte, "a concessão pela empresa de licença remunerada de trinta e um dias ou mais implica apenas na perda do direito às férias do período correspondente e não do terço constitucional. Interpretação em sentido contrário levaria ao absurdo de que, com a simples licença remunerada de trinta e um dias, se livrasse o empregador do pagamento do terço constitucional previsto no art. 7º, XVII, da atual Carta Magna"[78];

III. Quando o empregado deixa de trabalhar, com percepção de salário, por mais de trinta dias, em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa (art. 133, III, da CLT). Para se valer do permissivo legal, o empregador deverá comunicar a paralisação ao Ministério do Trabalho e ao sindicato da categoria profissional com antecedência mínima de quinze dias, afixando avisos no local de trabalho (art. 133, §3º, da CLT). Ao que percebemos, essa hipótese de interrupção do período aquisitivo não exonera o empregador, mais uma vez, de remunerar o tempo de afastamento do empregado com o acréscimo de 1/3 sobre o salário dos primeiros trinta dias sem trabalho, sob pena de se violar a proteção constitucional;

IV. Quando a execução do trabalho é suspensa, com recebimento de auxílio-doença (em razão de enfermidade ou acidente de trabalho), por mais de seis meses, consecutivos ou não. Esse tempo de seis meses deve ser verificado em cada período aquisitivo e, não sendo ele excedido, o afastamento é computado como a cuidar de falta justificada (art. 131, III,

---

[77] Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* São Paulo : Atlas, 2001. p. 165.

[78] Inteiro teor da ementa. TRT, 2ª Região, RO 02910158424, Ac. 2ª Turma 02930226409, Rel. Juiz Ricardo César Alonso Hespanhol, DJ-SP 2/8/93, p. 348. *Apud* MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. p. 166. Em sentido contrário: TST, SDI 1, ERR 216589-95, Rel. Min. Nelson Antonio Daiha, DJ 18/12/98, p. 73.

da CLT), adquirindo-se o direito a férias normalmente ao final do ano contratual. Sobre essa regra – a de excluir do período aquisitivo o afastamento por mais de seis meses em razão de doença ou acidente de trabalho – deve-se observar que o art. 5, item 4, da Convenção 132 da OIT a contraria, pois não permite que as ausências por motivo estranho à vontade do empregado possam prejudicá-lo na aquisição de férias. A prevalecer a aparente tendência jurisprudencial, preponderará a norma mais favorável ao trabalhador.

V. Quando o empregado se afasta para prestar o serviço militar obrigatório, desde que ele compareça ao estabelecimento do empregador dentro de noventa dias da data em que se verificar a baixa (art. 132 da CLT). Para ter direito à manutenção do emprego, o empregado deve notificar a empresa dessa intenção em trinta dias a partir da baixa (não engajamento), conforme preceitua o artigo 472, §1º, da CLT. Como quer que seja, o empregado que comparece ao estabelecimento do empregador dentro de noventa dias, a partir da baixa, e obtém – porque retornou à empresa no trintídio previsto no artigo 472, §1º, da CLT ou em virtude de tolerância do empregador – a continuidade do seu contrato de emprego, poderá computar a fração de ano contratual interrompida quando do afastamento, para a prestação de serviço militar obrigatório, na contagem de seu período aquisitivo[79].

Na última hipótese – afastamento para o serviço militar obrigatório –, o período aquisitivo é apenas suspenso, voltando a correr ao retorno do empregado. Nos demais casos, o período aquisitivo é interrompido e se reinicia quando o empregado volta a trabalhar, tal como prescreve o artigo 133, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não custa lembrar, entretanto, que referidas situações são extraordinárias, pois, regra geral, cada ano contratual corresponde a um período aquisitivo. E se o período aquisitivo é interrompido com a dissolução definitiva do contrato, veremos, logo adiante, que o empregado terá ou não direito de receber uma indenização de valor equivalente aos meses do período aquisitivo já transcorridos, a título de férias proporcionais.

D) Período concessivo das férias. Poder patronal de datar a fruição das férias. Fracionamento. Aviso prévio e registros pertinentes

O ano contratual que segue o período aquisitivo é compreendido como *período concessivo.* Reza o artigo 134 da Consolidação das Leis do Trabalho que "as férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito". Uma possível representação da seqüência de períodos aquisitivos e concessivos seria a seguinte:

```
                |----------------------------------------|----------------------------------------|----------------------------------------|---
(abr/2000)  período aquisitivo→  (abr/2001)  ←período concessivo  (abr/2002)  ←período concessivo  (abr/2003)
(admissão)                                   período aquisitivo→                 período aquisitivo→
```

[79] Por exemplo: Início do período aquisitivo em 05/maio/94; início da prestação do serviço militar em 05/set/94. Ao receber a baixa, o empregado terá direito a contar esses quatro meses em seu período aquisitivo, que voltará a fluir a partir do retorno do empregado à empresa, desde que tal retorno se dê em até noventa dias a partir da baixa no serviço militar.

Portanto, o primeiro ano contratual é o primeiro período aquisitivo e não mais que isso. A partir do segundo ano contratual, seguem-se anos contratuais que são, cada um deles e a um só tempo, período concessivo das férias adquiridas no ano contratual antecedente e período aquisitivo das férias a serem gozadas no ano contratual que segue. A seqüência apenas se modifica nos casos, antevistos, de suspensão ou interrupção do período aquisitivo, previstos nos artigos 132 e 133 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda assim, a modificação se dá, apenas, no tocante à data de término do período aquisitivo, suspenso ou interrompido, pois se renovará, daí por diante e como acima representado, a seqüência de períodos aquisitivos e concessivos.

Há três importantes observações a serem destacadas neste momento, em que se introduz o estudo sobre o período concessivo. A primeira delas é relativa ao poder, de que está investido o empregador, de definir os exatos dias de férias em meio a cada período concessivo. A se aplicar o que preceitua o art. 136 da CLT (veremos que a Convenção 132 da OIT prevê a indicação pelo empregado do período de descanso que lhe é preferível), durante o ano contratual que corresponde ao período concessivo, "a época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador".

A regra tem, porém, duas exceções legais[80], vale dizer, são duas as situações em que o empregador não pode consultar apenas o próprio interesse ao fixar os dias de fruição das férias: a) os membros de uma família, que trabalhem no mesmo estabelecimento, ou empresa, terão direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disso não resultar prejuízo para o serviço; b) o empregado estudante, menor de dezoito anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares. Valentin Carrion[81] observa que as férias familiais estão condicionadas a requisitos ambíguos e isso impediria a sua execução, o mesmo não acontecendo com as férias do estudante.

A segunda observação é pertinente à possibilidade de o tempo de fruição de férias ser fracionado, frente a antevista dicção do artigo 134 da CLT, *caput*, que autoriza o empregador a concedê-las "em um só período". O §1º do dispositivo reporta-se, contudo, à concessão das férias em dois períodos, prescrevendo, para tanto, duas exigências: o fracionamento de férias se dará, somente, em casos excepcionais, que Amaro Barreto[82] diz serem as mesmas que autorizam a jornada extraordinária (artigo 61 da CLT); partidas as férias do empregado, um dos dois períodos não poderá ser inferior a dez dias. O artigo 134, §2º, da CLT refere, todavia, a exceção da exceção, ou seja, a hipótese em que o fracionamento das férias é ilícito, ao estatuir:

> "Aos menores de 18 (dezoito) anos e aos maiores de 50 (cinqüenta) anos de idade, as férias serão sempre concedidas de uma só vez".

Ainda quanto ao fracionamento do período de gozo das férias, cabe ressaltar que os marítimos podem ter, a seu pedido e em conformidade com o artigo 150 da CLT, as suas férias parceladas. A exceção à regra geral se justifica, ante a peculiaridade das condições de trabalho no mar.

---

[80] Artigo 136, §§ 1º e 2º, da CLT.

[81] *Op. cit.* p. 145. Valentin Carrion sustenta, a nosso sentir com razão, a possibilidade de se aplicarem sanções genéricas, inclusive as do artigo 483 da CLT (justa causa do empregador), na hipótese de o empregador violar o preceito alusivo à coincidência entre as férias do empregado menor e as suas férias escolares.

[82] *Apud* Valentin Carrion, *op. cit.*, p. 144.

A terceira e última observação é alusiva à exigência de o empregado ser avisado do tempo de gozo de suas férias com antecedência de trinta dias, por escrito e mediante recibo, devendo apresentar a sua CTPS[83] para que nesta e também em sua ficha-registro (ou livro de registro, sendo o caso[84]) se anotem os períodos de aquisição e concessão das férias a serem gozadas. O artigo 135 da CLT o impõe.

A anotação na CTPS gera presunção relativa em proveito do empregador, como prevê o artigo 40, I, da CLT e recomenda a Súmula 12 do TST[85]. Quanto à hipótese de o empregador não pré-avisar o empregado da concessão de suas férias, Sergio Pinto Martins[86] defende que a desobediência do empregador não acarreta a nulidade das férias se o empregado as gozar efetivamente, mesmo sem ter sido delas avisado, com a antecedência legal.

D–1) Período legal de fruição em meio ao período concessivo

O tempo de fruição das férias adquiridas é maior na razão inversa das faltas injustificadas do empregado. Mas o artigo 130, §1º, da CLT impede que o empregador desconte os dias de falta do período de férias. Em vez disso, a proporção entre faltas e extensão das férias deve ser, para o empregado que presta jornada inteira, aquela que está prevista na cabeça do mesmo artigo 130 e seus quatro incisos:

Número de faltas injustificadas (no período aquisitivo)	Período mínimo de férias (em meio ao período concessivo)
Até 5 faltas	30 dias
6 a 14 faltas	24 dias
15 a 23 faltas	18 dias
24 a 32 faltas	12 dias

É fácil memorizar os números postos, respectivamente, nessas colunas de faltas e dias de férias, pois o número de faltas se eleva em oito unidades a cada linha da tabela, enquanto os dias de férias decrescem em seis unidades.

Também se pode perceber que o empregado que teve até cinco faltas durante o período aquisitivo não sofre prejuízo quanto ao tempo de fruição de suas férias, malgrado as faltas tenham sido descontadas (*rectius:* não tenham sido remuneradas). Se o empregado faltar em mais de trinta e dois dias, injustificadamente e durante o período de aquisição das férias, perde o direito de gozá-las, afinal. Deverá aguardar o início de novo período aquisitivo e todo o seu transcurso, para obter férias.

Sobre as faltas que se justificam, não interferindo, por sua vez, no tempo de fruição das férias, o artigo 131 da CLT as enumera ou lhes faz remissão, ali incluindo os poucos dias de interrupção contratual para efeito de luto, doação de sangue, prestação de

[83] Carteira de Trabalho e Previdência Social.
[84] *Vide* artigo 41 da CLT.
[85] Enunciado 12 do TST: "As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*".
[86] MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. p. 169.

exame vestibular, licença-maternidade, licença por aborto, as faltas abonadas mediante pagamento dos dias correspondentes etc.

Todavia, a proporção entre faltas e férias, acima referida, não se aplica aos trabalhadores em tempo parcial. O governo brasileiro inseriu na ordem trabalhista, a pretexto de intensificar os níveis de emprego, a expressa alusão aos contratos *part time*, que em outros países têm ocupado, durante certas estações do ano, adolescentes e donas de casa, por exemplo. Nada impedia, porém, que, antes do advento da primeira medida provisória que regulou os contratos em tempo parcial, houvesse a contratação dessas pessoas por apenas um turno, pagando-se salário proporcional.

Em última análise, a distinção que restou foi a de os trabalhadores em tempo parcial, assim compreendidos quando não prestam a um só empregador mais de vinte e cinco horas de trabalho por semana, terem um período de férias que foge aos parâmetros sobreditos. É que as suas férias se reduzem na proporção direta em que é menor a sua carga horária semanal de trabalho, sendo de no mínimo dez dias e de no máximo dezoito dias de férias. Dispõe, nesse sentido, o artigo 130-A da CLT. O parágrafo único do mesmo artigo estatui que se o empregado, contratado sob o regime de tempo parcial, contar mais de sete faltas injustificadas no período aquisitivo correspondente, terá ele o seu período de férias reduzido à metade.

E) Possibilidade de conversão em pecúnia

O empregado, e apenas ele, pode converter 1/3 (um terço) de suas férias em abono pecuniário. Se tiver a pretensão, deverá o trabalhador manifestá-la até quinze dias antes de se concluir o período aquisitivo. Essa é a regra do artigo 143 e §1º, da CLT.

Ao acrescentar à remuneração das férias um valor equivalente ao terço do salário, a Constituição de 1988 poderia ter inibido a prática de *vender* parte das férias, em prejuízo do tempo reservado ao lazer e ao convívio familiar. Mas é certo que os dois institutos (o abono de 1/3 das férias e o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração das férias) atualmente não se excluem, antes se somam, pois o empregado converte em abono um terço de seu tempo de férias e, como reza o artigo 143 da CLT que a conversão se dá *no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes*, postula ele, com razão, que o cálculo do abono pecuniário leve em conta o acréscimo de 1/3 sobre o salário.

A aludida regra sofre exceção nos casos de trabalho em tempo parcial, uma vez que o empregado que presta serviço sob tal regime não pode requerer a conversão de 1/3 de suas férias em dinheiro. Veda-o o artigo 143, §3º, da CLT.

Também o professor não pode, a princípio, converter o terço de suas férias em pecúnia, pois o período em que as goza é, regra geral, aquele em que há o recesso escolar, quase sempre o mês de julho de cada ano[87].

F) Remuneração das férias

Conforme assinalamos, o artigo 7º, XVII, da Constituição assegura o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Por seu turno, a Consolidação das Leis do Trabalho estatui, no artigo 142, que o empregado perceberá, durante as férias, a *remuneração* que lhe for devida na data da sua concessão.

---

[87] Cf. CARRION, Valentin. *Op. cit.* p. 224.

Há, como se extrai dos parágrafos do mesmo dispositivo da CLT, a clara preocupação de garantir ao empregado, nas férias, a remuneração em vigor ao tempo em que as férias são concedidas (1), mas computando-se sempre, nos casos de salário por tarefa ou recebimento habitual de adicionais, a média salarial vencida nos doze meses do período aquisitivo correspondente (2).

A regra de considerar o salário médio do período aquisitivo não é absoluta, porém. Cuidando-se de empregado que percebe salário fixado em percentagem, comissão ou por viagem, a média salarial a ser levada em conta é a dos doze meses que antecedem a concessão das férias, porque assim exige o artigo 142, §3º, da CLT.

A remuneração das férias e, sendo o caso, o pagamento do abono pecuniário devem acontecer até dois dias antes de as férias se iniciarem[88], pois desse modo o empregado organiza e financia o seu descanso à sua conveniência. A propósito, a jurisprudência tem sido rigorosa quanto ao cumprimento desse prazo, conforme se extrai da orientação jurisprudencial n. 386 da SBDI 1 do TST: "É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal".

O recibo assinado pelo empregado serve, usualmente, como prova de que as férias foram regularmente concedidas e remuneradas. Mas pode o empregado produzir contraprova, persuadindo o juiz de que não teria gozado as férias referidas em citado documento.

G) Férias não concedidas. Remuneração em dobro e outras sanções

O empregador que negligencia o seu dever de conceder e remunerar as férias, em meio ao período concessivo, sofre as sanções previstas no artigo 137 da CLT, quais sejam:

I. A remuneração em dobro das férias. Se apenas parte das férias são gozadas após o correspondente período concessivo, remuneram-se esses dias excedentes em dobro[89].

II. O empregado poderá ajuizar reclamação trabalhista para que a Justiça do Trabalho fixe, por sentença e sob cominação de multa diária, a época de fruição das férias.

III. Aplicação de multa administrativa, para tanto devendo ser informado o Ministério do Trabalho do transcurso do período concessivo sem a concessão das férias.

H) Férias coletivas

Especialmente nos períodos de crise no mercado, é comum ocorrer ao empregador a idéia de conceder férias a todos os seus empregados ou àqueles que operam no estabelecimento ou setor crítico, com o claro objetivo de cessar o custo da produção enquanto o mercado está reprimido.

---

[88] *Vide* artigo 145 da CLT.

[89] *Vide* Súmula 81 do TST: "Os dias de férias, gozadas após o período legal de concessão, deverão ser remunerados em dobro".

A iniciativa patronal é, então, lícita, prescrevendo o artigo 139 da CLT que "poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa". A concessão de férias coletivas observará, todavia, algumas regras específicas. Sob o ponto de vista formal[90], as regras são as seguintes:

I. Necessidade de comunicação, pelo empregador, ao Ministério do Trabalho, com antecedência de pelo menos quinze dias, sobre datas de início e término das férias coletivas, bem assim sobre estabelecimentos ou setores atingidos.

II. Envio de cópia da referida comunicação ao sindicato representativo da categoria profissional.

III. Afixação de aviso nos locais de trabalho.

IV. A possibilidade, na hipótese de serem concedidas férias a mais de trezentos empregados, de o empregador anotar, mediante carimbo aprovado pelo Ministério do Trabalho, o período de gozo de férias coletivas na CTPS dos empregados, dispensada a anotação dos correspondentes períodos aquisitivos individuais.

Sobre os aspectos substanciais, o que caracteriza as férias coletivas são as seguintes regras:

I. O fracionamento das férias em dois períodos é possível, desde que ambos os períodos sejam de, no mínimo, dez dias (artigo 139, §1o, da CLT). Vimos que a partição das férias individuais impede que um dos períodos (e não os dois) seja inferior a dez dias corridos.

I. A conversão em abono pecuniário de 1/3 (um terço) das férias coletivas é possível, mas independe de requerimento do empregado e somente pode ser ajustado mediante acordo coletivo de trabalho (artigo 143, §2o, da CLT).

II. Os empregados que ainda não houverem adquirido férias deverão gozar, quando atingidos pela concessão de férias coletivas, férias proporcionais à fração do período aquisitivo já transcorrida, iniciando-se novo período aquisitivo (artigo 140 da CLT). A regra é de difícil aplicação, pois não há tarefas que possam ser cometidas ao empregado quando cessam as suas férias proporcionais e todos os outros empregados continuam em gozo de férias coletivas. Melhor é converter o tempo excedente, de lege ferenda, em licença remunerada, ou mesmo permitir, nesse caso excepcional, e se tal não fugir aos limites da razoabilidade, o gozo antecipado de férias (coletivas) ainda não adquiridas.

I) Efeitos da cessação do contrato. Férias vencidas e proporcionais

Findo o contrato de emprego, as férias adquiridas devem ser sempre indenizadas, não importando saber se foi do empregado ou do empregador a iniciativa do

[90] *Vide* artigo 139, §§2º e 3º, da CLT e, quanto ao carimbo, artigo 141.

desate contratual, nem mesmo se o vínculo se dissolveu com ou sem justa causa. Assim impõe o artigo 146 da CLT, interessando dizer que a indenização será devida em dobro quanto às férias cujo período concessivo já se tenha exaurido.

Mas algum período aquisitivo normalmente está em curso quando há a cessação do contrato e, então, surge a dúvida sobre serem ou não devidas as *férias proporcionais*, que vêm a ser a indenização de valor correspondente a tantos duodécimos (1/12) quantos sejam os meses (ou período superior a quatorze dias) transcorridos do período aquisitivo interrompido pelo fim do contrato.

Como observa Rodrigues Pinto[91], a CLT diferenciou empregados com menos de um ano daqueles outros com mais de um ano de emprego. Para os empregados com menos de um ano, a lei assegura férias proporcionais *somente* nas hipóteses de ele ser dispensado sem justa causa (1) ou quando o seu contrato for por tempo determinado e se extinguir normalmente (2). Em todos os outros casos, as férias proporcionais não seriam devidas para os empregados que não houvessem completado um ano de emprego. Noutro sentido, porém e certamente por influência da Convenção 132 da OIT[92], o TST atualizou a sua Súmula 261 para dar-lhe o seguinte teor: "O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais".

Para os empregados que superaram o primeiro ano de emprego, a regra é inclusiva, pois *somente não terão direito* às férias proporcionais os empregados que, a partir do segundo ano do contrato, forem dispensados por justa causa. Assim estatui o artigo 146, parágrafo único, da CLT.

J) Férias remuneradas mas não gozadas

E quando o empregador remunera férias não gozadas, convertendo-as integralmente em dinheiro? A jurisprudência tem tolerado, muita vez, a prática empresarial ilícita, a pretexto de o empregado não ter direito de enriquecer injustamente, assim sucedendo na hipótese de lhe ser assegurada a indenização de férias que, embora não gozadas, teriam sido remuneradas. A nosso pensamento, a Justiça do Trabalho age, involuntariamente, de modo a legitimar a conversão em pecúnia de todo o período de férias nos casos em que atribui a essa conduta algum efeito jurídico.

O que dizer do empregado cujo contrato ainda está em curso, mas vem trabalhando, anos seguidos, nos períodos em que, segundo os recibos de férias, seriam de fruição destas? No caso de o empregado vir recebendo a remuneração de tais férias (não gozadas), independentemente do salário relativo ao trabalho nesses períodos, poderia o empregado postular a fixação, pelo juízo trabalhista, da época de gozo das férias por ele adquiridas (artigo 137, §1º, da CLT)? Se o fizesse (como nos parece justo e jurídico), estaria ele na contingência de gozar férias sem a remuneração correspondente, pois que já a teria recebido? Parece-nos que essas questões conduzirão o nosso interlocutor à

---

[91] *Op. cit.* p. 386.

[92] A Súmula 261 do TST ganhou nova redação a pretexto de a Convenção 132 da OIT prescrever férias proporcionais incondicionalmente. Ao analisarmos a Convenção 132, ainda neste capítulo, consignaremos nossa divergência a esse entendimento. Ver também: CARVALHO, Augusto César Leite de. "Férias na CLT e na Convenção 132 da OIT: Normas Parcialmente Antinômicas". In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo. Coordenador Florisbal de Souza Del'Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 107-124.

perplexidade se resistir ele à percepção de que a conversão irregular de férias não tem efeito liberatório, estando destituída de qualquer respaldo jurídico.

A conversão ilegal de todo o período de férias, em meio à relação laboral, distingue-se da indenização devida na cessação do contrato, restando inviável que aquela exonere o empregador desta.

K) As férias do empregado doméstico

A Consolidação das Leis do Trabalho não se aplica ao empregado doméstico, dada a restrição contida em seu artigo 7º, a. A partir de quando teve a sua redação alterada pela Lei 11.324/2006, o artigo 3º da Lei 5859, de 1972, assegura ao empregado doméstico "férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias com, pelo menos, 1/3 (um terço) a mais que o salário normal, após cada período de 12 (doze) meses de trabalho, prestado à mesma pessoa ou família". Não faz referência a férias proporcionais nem à remuneração ou indenização dobrada de férias cuja concessão seja negligenciada pelo empregador, bastando isso para que uma forte corrente jurisprudencial se tenha desenvolvido no sentido de não caberem, em favor do doméstico, férias proporcionais ou a dobra das férias não concedidas[93].

Numa aparente contradição, o artigo 2º do Decreto 71.885, de 1973, ao regulamentar a Lei 5859, de 1972, prescreve que, "excetuando o Capítulo referente a férias, não se aplicam aos empregados domésticos as demais disposições da CLT". Em outras palavras, o decreto estaria a atribuir aos domésticos, no tocante a férias, a regência pela CLT, que a própria CLT havia negado. A prevalecer a vertente jurisprudencial referida, a citada antinomia entre normas deveria ser solucionada com base no critério da hierarquia, sendo inválida a norma regulamentadora (Decreto 71.885/73) que estaria em afrontando a Consolidação das Leis do Trabalho.

A matéria é, por conseguinte, essencialmente jurídica, não estando, porém, pacificada. À orientação majoritária tem-se oferecido argumento contrário e persuasivo, que se baseia em premissa histórica relevante: o Decreto 71885 dispôs sobre a aplicação, em favor do doméstico, do capítulo relativo a férias, pela singela razão de, no ano de sua edição (1973), haver a clara intenção de o legislador estender ao doméstico, no tocante a férias, os mesmos direitos assegurados aos demais empregados pela CLT. Também a CLT estabelecia férias de vinte dias úteis, do mesmo modo como previa a lei regente do emprego doméstico até a edição da Lei 11.324, de 2006. Havia, assim, perfeita simetria entre o tratamento dado às férias do doméstico e aquele dispensado aos demais empregados.

O Decreto-lei 1535, de 1977, ao alterar o capítulo pertinente da Consolidação das Leis do Trabalho, rompeu essa isonomia, pois escalonou o período de férias e o fixou em dias corridos (não mais em dias úteis) para todos os trabalhadores, mas pareceu esquecido o legislador de que a nova regra seria inaplicável ao empregado doméstico, dada a vedação do artigo 7º, a, da CLT.

---

[93] Contra o direito do doméstico a férias proporcionais: "EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS. Indevido o pagamento das férias proporcionais ao domésticos, bem como a Constituição Federal não lhe asseguram tal vantagem. Embargos providos" (TST, SBDI I, ERR 324225/96, Red. Min. Vantuil Abdala, j. 27/03/2000, DJ 26/05/2000, p. 339). Contra o direito também às férias em dobro: TST, 5ª Turma, RR 374902/97, Rel. Juiz Convocado Guedes de Amorim, j. 21/02/2001, DJ 16/03/2001, p. 870.

O argumento instigante, a que nos reportamos, é aquele que nos remete ao artigo 7º da Constituição para sustentar que o preceito maior teria restabelecido o tratamento isonômico, porquanto estendeu ao doméstico, sem peias, o mesmo direito a férias anuais remuneradas que assegurou a todos os trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º, parágrafo único, da Constituição). Ter-se-ia resgatado a igualdade de direitos que, em 1972 e consoante sobrevisto, foi querida pelos que redigiram a Lei 5859 e a regulamentaram, todos cônscios de que não havia por que discriminar, no que tange a férias, a categoria sempre aviltada dos empregados domésticos.

Pensamos seja relevante o fato de decisões recentes do Tribunal Superior do Trabalho conterem o reconhecimento de que lhes são extensíveis, por exemplo, as regras da CLT relativas à dobra das férias não gozadas e às férias proporcionais[94]. Se é certo que a mais alta instância trabalhista pode estar revendo o modelo hermenêutico que vinha adotando para prover nesses casos, também o é que se afigura auspiciosa a possibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho decidir, afinal, pela adoção ao doméstico de todo o capítulo da CLT que regula férias, inclusive no tocante à duração do período de gozo destas.

L) Prescrição das férias

Em se tratando de prescrição, o princípio assente é o da *actio nata*, ou seja, o prazo prescricional flui a partir do nascimento do direito de ação, vale dizer, da exigibilidade da pretensão. Logo, o prazo de prescrição que corre contra a pretensão de férias deve ter início quando se esgota o período concessivo e nasce então, para o trabalhador, o direito de exigir a fixação, pela Justiça do Trabalho, do seu período de fruição de férias.

Poder-se-ia argumentar que um mês antes do período de gozo de férias o empregador deve avisar o empregado sobre a data de início das férias, isso importando dizer que a infração patronal antecederia o dia de término do período concessivo... O legislador abstraiu, contudo, dessa discussão e, conforme sobrevisto, fixou o início do prazo prescricional, no tocante às férias, no final do prazo concessivo, pura e simplesmente. Dispõe, em mencionado sentido, o artigo 149 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Um exemplo é elucidativo. As férias adquiridas em 12/maio/2001 estarão alcançadas pela prescrição trabalhista, que é de cinco anos a partir da lesão, em

---

[94] EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS. APLICABILIDADE. Esta Corte firmou jurisprudência no sentido de que a Constituição da República, por força do disposto no parágrafo único do artigo 7º, estendeu aos empregados domésticos a garantia ao gozo de férias anuais remuneradas previsto no inciso XVII do indigitado dispositivo constitucional. Tal garantia abrange, por óbvio, tanto o direito à percepção do valor correspondente ao período integral de férias quanto o proporcional. De outro lado, a Lei 5.859/72, que disciplina a profissão do empregado doméstico, foi regulamentada pelo Decreto n.º 71.885/73, que previu em seu artigo 2º, excetuando o Capítulo referente a férias, que não se aplicam aos empregados domésticos as demais disposições da Consolidação das Leis do Trabalho. São, portanto, integralmente aplicadas aos empregados domésticos as normas da Consolidação das Leis do Trabalho atinentes às férias, inclusive quanto ao pagamento em dobro na hipótese de não concessão no prazo legal (artigo 137) e ao pagamento de férias proporcionais (artigo 147). Precedentes da SbDI-1 desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (TST, 5ª Turma, RR - 1409/1995-017-02-00.4, Relator Min. Emmanoel Pereira. Julgamento em 29/04/2009, , DEJT 15/05/2009). Em igual sentido, quanto às férias proporcionais: TST, 4ª Turma, RR 603387/99, Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani, j. 10/04/2002, DJ 28/06/2002. Também: TST, 1ª Turma, RR 719001/2000, Rel. João Oreste Dalazen, j. 20/02/2002, DJ 05/04/2002.

13/maio/2007 (dia seguinte ao termo final do prazo prescricional), pois se contarão cinco anos a partir do término do período concessivo (12/maio/2002). Se o contrato de emprego cessar antes de maio de 2007, contar-se-á também o biênio prescritivo que flui a partir da cessação do contrato, operando-se a prescrição em 13 de maio de 2007 ou ao final dos dois anos, o que se completar antes[95]. Mas recordemos que a prescrição trabalhista é de direito patrimonial, não se a pronunciando se não for ela suscitada pelo empregador.

M) A Convenção 132 da OIT

Discussão interessante pode ser travada desde a ratificação, pelo Brasil, em 23 de julho de 1998, da Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho. Trata-se de norma de direito internacional que cuida de férias remuneradas e teve a sua validade reconhecida pelo ordenamento pátrio, na esteira do artigo 5º, §2º, da CLT, integrando-se, desse modo, em nossa ordem trabalhista.

A questão é, porém, vexatória, ante a antinomia entre os vários dispositivos da Convenção n. 132 da OIT e os artigos da CLT que regulam a mesma matéria. Ante tal conflito, o agente do direito do trabalho deve preferir a norma mais favorável, embora atento à técnica da incindibilidade dos institutos, tudo como vimos ao estudo do princípio da proteção.

Por conseguinte, buscar-se-á a norma que, em seu conjunto, mais favoreça o empregado. A doutrina e a jurisprudência pouco enfrentaram a questão e, isso não obstante, ousamos defender que o sistema da CLT é mais benéfico ao empregado, por vezes assegurando direitos que sequer poderiam ser aplicados para o trabalhador regido apenas pela Convenção n. 132 da OIT, dada a circunstância de ela ter o *ano civil* como parâmetro para a aquisição e o gozo de férias, enquanto a lei indígena volta sua atenção para o *ano contratual*. As principais diferenças podem ser assim enumeradas:

- O período mínimo de férias, previsto na Convenção n. 132 da OIT, é de três semanas por ano de serviço (artigo 3, item 3). Não se contam, nesse período de gozo de férias, os feriados oficiais ou estabelecidos pelo costume (artigo 6, item 1). No Brasil, para o empregado com jornada integral – *full time* –, regido pelo artigo 130 da CLT, mais de quinze faltas injustificadas o farão ter 18 ou 12 dias, menos que o previsto na citada Convenção. Em contrapartida, o mesmo empregado, se assíduo – refiro-me ao que não tem mais de cinco faltas injustificadas durante o período aquisitivo – goza férias por período superior ao que se estenderia, segundo a Convenção 132, por três semanas, mais os dias que correspondessem aos feriados intercorrentes.
- Segundo o artigo 4, item 1, da Convenção 132 da OIT, o trabalhador terá direito ao gozo de férias proporcionais, se o seu período de trabalho, em algum ano (preferencialmente ano civil, conforme artigo 4, item 2), for inferior ao exigido para que ele tenha direito a férias integrais. Cabe esclarecer que pode ser exigido um período de trabalho não superior a seis meses para que o empregado possa ter direito a férias (artigo 5, itens 1 e 2). No Brasil, o sistema celetista prefere o ano contratual ao ano civil e, por

[95] Quanto à prescrição, é sempre prático observar se há dois anos entre a cessação do contrato e o ajuizamento da ação. Se há, todo o contrato está prescrito, inclusive no tocante às férias. Se não há, consulta-se apenas a prescrição qüinqüenal, esquecendo-se a bienal. Artigo 7º, XXIX, da Constituição.

isso, as férias não são gozadas proporcionalmente no ano civil não completado.

- No artigo 11, a Convenção 132 prevê férias proporcionais (indenização) no ano da cessação do contrato, desde que completado o período mínimo (não superior a seis meses), acaso exigido pela legislação pátria. No Brasil, são devidas férias proporcionais (*rectius:* indenização de férias proporcional ao período aquisitivo interrompido) em circunstâncias regulamentadas em consonância com o parâmetro nacional (ano contratual, em vez de ano civil) e com as restrições dos artigos 146, parágrafo único, e 147 da CLT.
- As férias deverão ter remuneração equivalente à remuneração mensal, apurando-se a remuneração média nas hipóteses de ser ela variável. O pagamento deve acontecer antes do início da fruição das férias, salvo acordo entre empregado e empregador. No Brasil, a CLT impõe o pagamento da remuneração das férias até dois dias antes do início do período de fruição e a remuneração é acrescida de 1/3 sobre o salário (artigo 7º., XVII, da Constituição).
- O fracionamento das férias é possível, segundo o artigo 8 da Convenção 132 da OIT, mas uma das frações das férias deve corresponder a período não inferior a duas semanas, salvo se período menor ou maior tiver sido ajustado entre empregado e empregador. No Brasil, o fracionamento não é direito disponível, mas só pode acontecer em *casos excepcionais* e, na forma do artigo 134, §1º, da CLT, um dos períodos (uma das frações) não poderá ser inferior a dez dias corridos, sendo que, nos casos de férias coletivas (artigo 139, §1º, da CLT), ambas as frações devem ser de pelo menos dez dias.
- Quanto à determinação do período de gozo de férias, em meio ao período concessivo, o artigo 10 da Convenção n. 132 a reserva ao empregador, mas preconiza uma prévia consulta ao empregado ou seus representantes (sindicais ou na empresa), recomendando que se tenham em conta as exigências de trabalho e as oportunidades de descanso e distração de que possa dispor o empregado. No Brasil, o artigo 136 da CLT prescreve que a época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador, com restrições apenas nos casos de membros de uma família e de empregado estudante menor de dezoito anos.
- O período de trabalho, que assegura o direito a férias, incorpora, como tempo trabalhado, as ausências ao serviço por motivos estranhos à vontade do empregado, em especial a enfermidade, o acidente de trabalho ou a maternidade. Assim dispõe o artigo 5, item 4, da Convenção n. 132 da OIT. No Brasil, o artigo 131, III, da CLT não permite que se considere falta não justificada, na apuração do período de gozo das férias, aquela que ocorrer por maternidade ou aborto (artigo 131, II, da CLT), ou ainda por acidente de trabalho ou enfermidade, mas o artigo 133, IV e §2º, da mesma CLT, limita esse direito, ao ressalvar que se inicia novo período aquisitivo quando o empregado recebe auxílio doença por mais de seis meses, contínuos ou não.

Atualizado em julho de 2010

11

NATUREZA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 11.1 Natureza ou fonte das obrigações. 11.2 As teorias anticontratualistas A) A teoria da relação de trabalho. B) A teoria institucionalista. 11.3 As teorias contratualistas. A) Teoria do contrato de locação. B) Teoria do contrato de compra e venda. C) Teoria do contrato de sociedade. D) Teoria do contrato de mandato. E) Teoria do contrato-realidade.

11.1 Natureza ou fonte das obrigações

No âmbito do direito civil, as fontes de relação jurídica[2], ou seja, da *obrigação*, são a lei, os atos jurídicos – unilaterais ou bilaterais – e o ato ilícito. Há autores que acrescentam a essas fontes o risco profissional, que obrigaria o empregador, com ou sem culpa, a ressarcir os danos padecidos pelo empregado, por ocasião do trabalho. Arnoldo Wald[3] redarguia, faz algum tempo, essa orientação, ao argumento de "que se trata de obrigação estabelecida pela lei, em que o risco profissional é apenas o fundamento sociológico da obrigação".

A bem da verdade, esse dilema vivenciado pelos civilistas, no momento em que devem classificar uma relação jurídica segundo a sua fonte, é tanto de matiz sociológico quanto afeto a aporias da linguagem. A preocupação inicial da sociologia jurídica é, quase sempre, a de identificar as relações sociais como a *causa* do direito, ao suposto de que ao descrever aquelas indica a origem deste.

Não raro, escapa aos sociólogos que eles, num paradoxo, descrevem as relações sociais usando o discurso do direito[4]. O sociólogo, como o jurista, trata das relações

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Com a intenção de conceituar *relação jurídica,* Orlando Gomes observa que pode ser ela encarada em dois aspectos: como o *vínculo* entre dois ou mais sujeitos de direito que obriga um deles, ou os dois, a ter certo comportamento, ou, simplesmente, o poder direto de uma pessoa sobre uma determinada coisa; ou como o *conjunto dos efeitos jurídicos* que nascem de sua constituição, consistentes em direitos e deveres – com estes, entretanto, não se confundindo. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 81.

[3] WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 48

[4] CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica:* ensaio sócio-semiológico. Tradução de Roberto Bueno. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 223. Correas diz isso e completa: "A Sociologia mais plausível postula que seu objeto de estudo é a ação com sentido (Weber, notoriamente), ou que é a exposição das relações sociais que não aparecem (Marx, notoriamente). Em ambos os casos, estamos ante pretensões científicas que tentam ir além dessa vulgaridade que, às vezes, é confundida com o melhor positivismo. A Sociologia que tem por tarefa construir, em discursos plausíveis, a descrição do ***substratum*** chamado 'relações sociais' é uma sociologia que vale a pena praticar. Mas isto significa, ao mesmo tempo, a desconstrução do discurso vulgar ou cotidiano que descreve a aparência das relações sociais. O que aparece no direito como descrição apenas diz respeito a esta forma de aparecer das relações sociais à consciência comum, que se fosse verdadeira tornaria desnecessária a ciência. Contudo, a Sociologia não pode prescindir do discurso descritivo

mercantis e a elas se refere como obrigações originadas em *contratos.* O termo "contrato" veicula a idéia de "ajuste de vontades" e a impressão de que o mundo exterior não comporta relações sociais de outra natureza.

11.2 As teorias anticontratualistas

Os teóricos do direito logo perceberam que a tentativa de classificar a fonte da obrigação trabalhista não poderia redundar em esforço intelectual que concluísse ter a relação de emprego origem em lei ou ato ilícito. Seguindo a classificação civilista, a natureza da relação de trabalho, a ser desvendada, seria, pois, contratual. Teve início, porém, intensa tertúlia a propósito de qual o tipo de contrato, entre os contratos conhecidos, no qual se poderia enquadrar o contrato de emprego, que emergia com a nova realidade, legada pelas revoluções tecnológicas da era contemporânea.

Mas seria o ajuste de vontades o motor inicial do vínculo de emprego? Já vimos a dificuldade de se conceber o momento em que empregado e empregador combinariam as condições do contrato, tanto pela debilidade daquele quanto pela despersonalização deste. Poder-se-ia indagar, então, se bastaria que a lei autorizasse o ajuste tácito para que se consubstanciasse a desejada subsunção do contrato de emprego em uma das espécies de contratos civis. Veremos, porém e mais adiante, como é controvertida essa idéia de a relação de emprego se constituir através de um ajuste de vontades, expresso ou mesmo tácito.

Antes, é oportuno dizer que o consentimento – ou ajuste de vontades – tem a sua ocorrência posta sob sério questionamento até mesmo no tocante a contratos regidos pelo direito civil, a exemplo do contrato de compra e venda. Óscar Correas ironiza a existência de regras que invalidam, por vício de consentimento, o contrato de compra e venda em que se pratica valor estranho ao mercado, quase sempre a tornar sem efeito o intercâmbio de mercadorias que não observa o *valor de troca* (conceito adotado por Marx), não estimado pelos contraentes. É como se o Código Civil elevasse o *consentimento* a requisito do contrato, mas através de normas cujo sentido ideológico pudesse ser associado ao modelo marxista[5]. Além disso, observa Amauri Mascaro Nascimento[6]:

> Gradativamente, a determinação das condições de trabalho, que no liberalismo resultava unicamente da vontade das partes, passou a subordinar-se às convenções coletivas, às leis e aos regulamentos. Para fazer justiça nos casos concretos, surgiu a necessidade de pronunciamentos jurisdicionais considerando a validez do contrato como desnecessária em alguns casos para a aplicação das leis operárias, como nos casos de incapacidade e de nulidade. A vontade [...] nem sempre foi reconhecida como necessária e, mais ainda, existente, na constituição

---

da aparência porque este discurso é a descrição das relações sociais tal qual estas aparecem. Esta é a forma de aparição do ***substratum***. O sociólogo, portanto, não pode falar de relações mercantis sem partir da forma como elas aparecem, isto é, juridicamente, como contratos. Não é possível identificar uma ação qualificável de intercâmbio sem referir-se a uma conduta que se denomina contrato".

[5] Com base no modelo marxista de intercâmbio entre mercadorias, Óscar Correas (*op. cit.* p. 249) anota que "na superfície da sociedade mercantil existe a vontade, se vê a vontade. Contudo, isto é apenas a aparência. Em realidade, a relação social mercantil, que não se vê, é uma relação entre mercadorias que necessitam destes porta-vozes que são os indivíduos que fazem aparecer, no mercado, o valor que as mercadorias já têm. O aparente, então, é a vontade, ou, dito de outro modo, a vontade é a aparência, a maneira através da qual o valor das mercadorias aparece no mercado. Não há outro modo de fazê-lo aparecer [...]"

[6] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 350. No mesmo sentido: RODRIGUES, Silvio. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 19.

> da relação jurídica entre empregado e empregador, bastando a prática, no mundo físico e real, de atos de emprego de alguém em benefício de outrem para que todas as responsabilidades previstas nas normas jurídicas passassem a recair sobre este último e todos os direitos assegurados ao primeiro.

O autor lembra a aparente incompatibilidade entre a relação de trabalho, que tem a energia humana como objeto, e as normas de direito civil, cujo fim é a regulamentação de transferências patrimoniais, ao introduzir o estudo sobre as duas principais manifestações do pensamento anticontratualista: a teoria da relação de trabalho e o institucionalismo.

A) A teoria da relação de trabalho

Ainda conforme Mascaro Nascimento[7], aos relacionistas se integram todos os teóricos do direito do trabalho que negam a importância da vontade na constituição e no desenvolvimento da relação laboral, preferindo "entender que a prática de atos de emprego verificada no mundo físico e real é a fonte da qual resultam todos os efeitos previstos na ordem jurídica e que recairão imperativamente sobre os sujeitos empregados. Daí substituírem a idéia de convenção ou acordo pela de inserção, engajamento ou ocupação de trabalhador pela empresa, querendo com isso expressar que não existe ato volitivo criador de direitos e obrigações, mas sim um fato objetivo e independente de qualquer manifestação subjetiva, na constituição da relação jurídica trabalhista".

B) A teoria institucionalista

Enquanto a teoria da relação de trabalho grassava mais fortemente entre os italianos e alemães, o institucionalismo se desenvolvia na França. Afirma Mascaro Nascimento, com apoio em Maurice Harriou, que a instituição é "uma idéia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um grupo social. Para a realização dessa idéia, um poder se organiza. De outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização dessa idéia, têm lugar manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por um procedimento".

O mestre paulista se reporta à observação do jusnaturalista George Renard de que existem atividades jurídicas irredutíveis às manifestações de direito individual, ao contrato e aos mandatos do Estado: as instituições e as fundações. Enfim, esclarece Mascaro Nascimento de que modo o institucionalismo pressupõe a adesão a um grupo social, caracterizado por hierarquia (*autoridade*, em vez da *igualdade* inerente aos contratos) e estatuto próprios, como a fonte da obrigação trabalhista:

> Assim, aplicado ao direito do trabalho, o institucionalismo procura dar explicação à empresa como instituição, uma idéia-ação reunindo, por uma razão imanente ao grupo, empregado e empregador. O pressuposto dessa união não está na autonomia da vontade contratual, porque à obra a que se propõe a empresa, perpetuada e durável, aderem os membros desse organismo social, surgindo uma relação entre o indivíduo e um estado social objetivo no qual o indivíduo está incluído.
>
> O empregado, à luz do institucionalismo, submete-se a uma situação fundamentalmente estatutária, sujeitando-se às condições de trabalho previamente estabelecidas por um complexo normativo constituído pelas convenções

[7] *Op. cit.* p. 351.

> coletivas, pelos regulamentos das empresas etc. Ao ingressar na empresa, nada cria ou constitui, apenas se sujeita.

11.3 As teorias contratualistas

Entre os relacionistas enumerados por Amauri Mascaro Nascimento[8] está Mario de la Cueva, cuja teoria do contrato-realidade será analisada à parte, dada a sua influência na evolução do direito do trabalho no Brasil. Segundo Nascimento, essa parcial conversão ao contratualismo do laboralista mexicano teria acontecido após este admitir que "a ocorrência da vontade do trabalhador é necessária para a relação de trabalho, porque ninguém poderá ser obrigado a prestar trabalhos pessoais sem o seu pleno consentimento".

Mario de la Cueva é sempre lembrado quando o tema é a natureza da relação laboral. A teoria do contrato-realidade, cuja autoria é, não raro, a ele atribuída, nasceu de reflexão acurada sobre os caminhos seguidos, até então, pelos civilistas e sobre a necessidade de se ofertar uma solução derradeira, uma classificação para o contrato de emprego que afinal atendesse, diríamos nós, à máxima de Nietzsche, extraída de Crepúsculo dos Ídolos: "O ato de reduzir algo desconhecido a algo conhecido alivia, tranqüiliza, satisfaz e proporciona, além disso, um sentimento de poder".

De La Cueva[9] refaz a estrada trilhada pelos teóricos do direito civil, que tentaram subsumir o contrato de emprego – suponha-se, logo e para efeito de argumentação, a natureza contratual da relação de trabalho – nos escaninhos do contrato de arrendamento ou de locação, em seguida o classificando como compra e venda, contrato de sociedade e mandato.

A) Teoria do contrato de locação

Defendeu Marcel Planiol que o contrato de emprego era, tal como sugeria o direito romano e o Código Civil outorgado por Napoleão, um contrato de locação, ao argumento de que "a coisa arrendada é a força de trabalho que reside em cada pessoa e que pode ser utilizada por outra como a de uma máquina ou a de um cavalo; dita força pode ser dada em arrendamento e é precisamente o que ocorre quanto a remuneração do trabalho por meio do salário é proporcional ao tempo, da mesma maneira que passa no arrendamento de coisas". O autor não teve como relevante o aspecto de a coisa locada voltar ao seu dono, ao fim do contrato, o que era e é inconcebível em se cuidando da força de trabalho.

B) Teoria do contrato de compra e venda

A teoria do contrato de locação foi combatia por Philipp Lotmar, na Alemanha, e Francesco Carnelutti, na Itália, aquele a sustentar que a força de trabalho não integrava o *patrimônio* do empregado e este a dizer que a energia ou força de trabalho devia ser objeto de contrato de compra e venda, tal como ocorria com a energia que emana de outras fontes: "Responder que o trabalhador conserva sua força de trabalho e que somente concede o seu gozo é confundir a energia com sua fonte; o que resta ao trabalhador é a fonte de sua energia, isto é, seu corpo mesmo; a energia, porém, sai dele e não entra mais". Contudo, De La Cueva observa:

---

[8] *Op. cit.* pp. 351-353.

[9] DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo.* México: Editorial Porrua S/A, 1961. p. 447. São pinçadas desta mesma obra os excertos ainda transcritos, sobre a natureza do liame empregatício.

> Considerando-se a hipótese de a relação individual de trabalho ser um contrato e estar regido pelo direito civil, Carnelutti se havia aproximado da verdade; parece-nos, ademais, que sua doutrina é o esforço máximo e o melhor realizado pelos professores de direito civil para reduzir a relação de trabalho a uma das figuras tradicionais do direito civil. Mas o mestre italiano teve que aceitar uma conclusão audaz, a de que a energia humana de trabalho deve ser considerada como uma coisa**.**

Essa degeneração do trabalho humano era, em última análise, um acinte – possivelmente involuntário – àqueles que pretendiam legitimar a alienação da força de trabalho através do discurso jurídico. A ciência jurídica sempre fez caso da raiz sociológica das relações intersubjetivas que descreve ou, quando abre mão desse purismo, descreve-as como se as pessoas se obrigassem, naturalmente, sem menoscabo da dignidade humana. Sustentar que o direito *coisificava* a energia de trabalho, sempre que esta se tornava objeto de uma relação de emprego, era, por isso, empreendimento que não podia vingar.

C) Teoria do contrato de sociedade

Em outro sentido, Chatelain, autor francês também citado por De La Cueva, propõe que o contrato de trabalho seja assimilado como um contrato de sociedade, ao suposto de que tem lugar na grande indústria, sendo o estabelecimento industrial algo complexo, que se configura uma unidade econômica: "um grupo de homens e seu funcionamento é uma combinação de atos que tendem a um fim comum, a produção de objetos [...]".

Assim concebida a empresa, seria ela a obra comum de várias pessoas, cada uma destas a contribuir com algo ou dividir com todos alguma coisa: "Uma contribuiria com o seu espírito de iniciativa, o seu conhecimento de clientela, seu talento organizador, sua atividade intelectual, em uma palavra, sua indústria e também seu capital; outros não contribuem senão com a sua força, sua habilidade profissional, seu trabalho, sua indústria". E que benefícios auferem os empregados, já que é indiscutível a sua contribuição? Chatelain defendeu, em resposta a essa indagação:

> Na palavra 'benefício' é necessário distinguir os benefícios da indústria e os benefícios do empregador; o benefício a dividir e que é efetivamente dividido entre empregador e trabalhadores é o que resulta se se considera a situação de uma pessoa que acumula as funções de empresário e trabalhador, bastando-lhe, para obtê-lo, deduzir da venda dos produtos os gastos de arrendamento de local do estabelecimento e de instrumentos, impostos etc., assim como os gastos com a aquisição de matéria-prima; os benefícios do empresário, por sua vez, se obtêm deduzindo, daquele benefício, o salário pago aos trabalhadores.

Criticado porque o empregado não suportava, como o empregador, o risco do negócio e, também, porque apenas o empregador aparecia como o proprietário dos meios de produção e do produto fabricado, cabendo ao empregado somente o salário, fixo e pago pelo empregador antes de este negociar o bem manufaturado, Chatelain rebateu que essas objeções eram resultado de análise superficial, rematando não ser exato que os empregados não corressem risco algum, pois nada recebiam eles em todos os casos de suspensão do contrato. Quanto à outra objeção, argumentou:

> [...] o que ocorre é que os trabalhadores vendem ao patrão, desde que se inicia o processo de produção, a parte que lhes cabe na propriedade dos produtos elaborados, pacto este que em nada se opõe à idéia de sociedade. [...] Pela mesma razão, a parte dos trabalhadores é, regra geral, fixa e se paga adiantada; pode,

> porém, pactuar-se que, além dessa parte fixa, corresponda-lhes o que se denomina *participación em las utilidades*.

A doutrina de Chatelain foi objeto de outras críticas, a ela se opondo De La Cueva[10], entre outras razões, porque "mais que uma explicação jurídica, era uma explicação econômica do fenômeno da produção". De la Cueva esclarece:

> Entre o contrato de trabalho e o contrato de sociedade existem importantes diferenças; no primeiro, há uma troca de prestações por trabalho subordinado, enquanto no segundo há um trabalho em comum; o contrato de trabalho, se é uma relação contratual, supõe uma relação de credor e devedor entre o patrão e os trabalhadores, enquanto no contrato de sociedade as relações existem entre a sociedade e cada um dos sócios.

É certo, contudo, que a doutrina de Chatelain apresenta a virtude de ter servido de base para movimento que deu origem a vantagens obreiras atualmente conhecidas como participação em lucros, em resultados ou na gestão da empresa[11].

D) Teoria do contrato de mandato

Malgrado obtivesse, em um primeiro momento, grande repercussão a tentativa de enquadrar o contrato de trabalho como contrato de mandato, é certo que essa orientação perdeu força na medida em que as normas jurídicas passaram a estatuir que o objeto do mandato era a execução de *ato jurídico*, essencialmente. A rotina de trabalho em uma empresa comportaria, predominantemente, a realização, pelo empregado, de *atos materiais*, que desserviriam, em princípio, à constituição, modificação ou extinção de obrigações.

E) Teoria do contrato-realidade

A inserção dos direitos sociais – com índole trabalhista – no rol de direitos fundamentais, em cartas constitucionais promulgadas ou outorgadas em meio ou ao fim do primeiro conflito mundial, fez notar a impropriedade de se estudar o direito trabalhista a partir das teorias que descreviam o direito civil, não faltando autores que apregoassem estar apartado o direito laboral do elenco de direitos privados ou, pelo menos, que restava debilitada a distinção entre estes e o direito público. De La Cueva se filia, então, a vertente teórica que, com influência de autores alemães[12], propôs-se a estudar a relação de trabalho em sua realidade. Talvez assim se dissesse melhor: em sua excentricidade.

O autor mexicano compara a relação de trabalho à relação de hipoteca e à compra e venda[13], por exemplo, para argumentar que quando se pretende definir esses outros tipos contratuais recorre-se às definições do Código Civil e se pode conceber toda a estrutura desses outros contratos, intuindo-se então que há sempre um mesmo contrato de hipoteca, com caracteres iguais e igualdade, também, em sua formação e em seus efeitos, à semelhança ao que sucede à compra e venda e à locação. São irrelevantes as pequenas variações de preço ou do imóvel relacionado com o ajuste. De La Cueva admitia, porém, que o direito do trabalho ainda estava em formação e o seu âmbito pessoal de vigência não estava bem definido, existindo atividades que pertenciam ao direito do trabalho e outras que eram, contudo, incertas, não tendo sido abandonadas pelo direito civil.

---

[10] *Op. cit.* p. 451.
[11] *Vide* art. 7º, XI, da CF.
[12] *Op. cit.* p. 454. O autor dá ênfase à doutrina de Erich Molitor.
[13] *Op. cit.* p. 454.

Essa peculiaridade do direito do trabalho fazia com que os seus efeitos nem sempre fossem os mesmos, variando na medida em que esse ramo do direito estendia a sua proteção a essas atividades que originalmente não se inseriam no modelo de emprego herdado da primeira revolução industrial. Por isso que "a relação de trabalho não apresenta sempre os mesmos caracteres nem quanto à sua constituição, nem quanto a seu conteúdo ou efeitos, de tal maneira que é ainda difícil criar um tipo único de relação de trabalho". A percepção desse grau crescente de complexidade no conteúdo da relação de emprego permitiu a De La Cueva[14] observar, no tocante à origem dessa relação jurídica e fazendo referência a dispositivos do Código Civil mexicano que vigorava em meados do século XX:

> Segundo o artigo 1794 do Código Civil, para a existência de um contrato se requer consentimento e objeto que possa ser matéria de contrato; conforme o artigo 1796, os contratos se aperfeiçoam pelo mero consentimento e, desde esse instante, se encontram obrigadas as partes ao cumprimento do pactuado. O aperfeiçoamento do contrato determina, por sua vez, a aplicação integral do direito civil à relação jurídica criada e, em caso de inadimplemento, existe, de imediato, a possibilidade de solicitar a execução forçada [...].
>
> Não ocorre o mesmo na relação de trabalho, pois os efeitos fundamentais do direito do trabalho são gerados unicamente a partir do instante em que o trabalhador inicia a prestação do serviço, de maneira que os efeitos jurídicos que derivam do direito do trabalho se produzem, não pelo simples acordo de vontades entre trabalhador e patrão, senão quando o trabalhador cumpre, efetivamente, sua obrigação de prestar um serviço. Em outros termos: O direito do trabalho, que é um direito protetor da vida, da saúde e da condição econômica do trabalhador, parte do pressuposto fundamental da prestação do serviço e é, em razão dela, que impõe ao patrão deveres e obrigações.

Em suma, a relação de trabalho tinha origem em um contrato, mas se tratava de um contrato diferenciado, que não se aperfeiçoava com o ajuste de vontades, mas somente a partir da prestação de trabalho. Isso porque era a proteção ao trabalho humano e subordinado a razão de tal ramo do direito existir.

E como esse fundamento da teoria do contrato-realidade continua a vingar – tanto a imprecisão do conteúdo da relação laboral como a proteção ao trabalho subordinado como *ratio* do direito trabalhista –, explica-se a influência que o estudo teórico de Mario de la Cueva exerce na atualidade. É a ele associado, também, a definição de contrato prevista no artigo 442 da nossa CLT, que, não fosse por isso, pareceria tautológica: "Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". O dispositivo diria o óbvio, não tivesse a intenção de enfatizar o fato da relação de trabalho, aí incluída a prestação laboral e a contraprestação salarial, como elemento do contrato (ou de sua execução) que corresponde ao acordo tácito ou expresso, ou seja, ao ajuste de vontades. Com a palavra, Arnaldo Süssekind[15], um dos juristas responsáveis pela elaboração da CLT:

> Outra novidade também reveladora de certa audácia é a que se encontra no art. 442, que muita gente considerou um pleonasmo jurídico. Ele dispõe que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Que se quis dizer com isto? Que havendo empregado,

---

[14] *Op. cit.* p. 455.

[15] CLT em debate: anais do Congresso Comemorativo do Cinqüentenário da Consolidação das Leis do Trabalho, LTr, 1994, p. 26.

> segundo o conceito do art. 3º, e empregador, segundo o conceito do art. 2º, há uma relação de emprego, ainda que não se tenha ajustado expressamente, nem por escrito, nem verbalmente, o contrato de trabalho. Significa a adoção do contrato-realidade.

Como observam Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes[16], a contingência de o empregador ser, muita vez, obrigado a admitir em seu estabelecimento empregados que normalmente não contrataria (menores aprendizes, deficientes físicos, ex-combatentes, recuperados da previdência etc.), o mesmo acontecendo na sucessão de empregadores e na reintegração, também *ope legis*, de empregados estáveis teria influenciado De La Cueva, que, por isso e a seu tempo, aceitou a expressão usada pelo juiz mexicano Iñarritu para o contrato de trabalho, denominando-o contrato-realidade. Mas os citados laboralistas brasileiros atribuem exagero e algum engano à tal expressão "pois em verdade o contrato esteve sempre pressuposto".

Qualquer que seja a orientação seguida pelo intérprete, é exato dizer que a teoria do contrato-realidade influiu e continua influindo, indiscutivelmente, na atividade normativa e na prática trabalhista, tanto que os estudiosos e os agentes do direito processual do trabalho ainda discutem a competência da Justiça Trabalhista para dirimir conflitos relacionados com a fase pré-contratual, ou seja, litígios que se instalam quando o emprego ainda está apenas prometido ou já foi subscrito o instrumento do contrato de trabalho, mas o trabalhador não iniciou a prestação laboral nem disponibilizou a sua força de trabalho.

[16] MORAES FILHO, Evaristo de. MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1991. p. 274.

Atualizado em julho de 2010

12

CONTRATOS AFINS AO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 12.1 Relação de emprego: espécie do gênero relação de trabalho. 12.2 A relevância da subordinação como elemento distintivo. 12.3 A locação de serviços e o *novo* contrato de prestação de serviços. 12.4 Distinção entre emprego e empreitada. 12.5 Distinção entre emprego e mandato. 12.6 Distinção entre emprego e sociedade. 12.7 Distinção entre emprego e relação de consumo.

12.1 Relação de emprego: espécie do gênero relação de trabalho

O contrato, regra geral, constitui uma relação jurídica. Os contratos de atividade constituem, assim, relações de trabalho cujas tensões são dirimidas pela Justiça do Trabalho (art. 114, I, da Constituição). Isso não obstante, somente uma relação de trabalho é regida pelo direito do trabalho: a relação de emprego. Cabe investigar, portanto, em que se distingue a relação empregatícia das outras relações de trabalho, constituídas por outros contratos de atividade.

Os contratos de atividade são "aqueles em que alguém se compromete a colocar a sua atividade em proveito de outrem, mediante remuneração"[2]. O contrato de emprego é um deles, mas também se enquadra nessa categoria o contrato de prestação de serviço regido pelo Código Civil, o contrato de empreitada e todos os outros em que a atividade de um de seus sujeitos é o objeto da obrigação. Intencionalmente, referimo-nos a alguns desses contratos de atividade quando tratamos da evolução doutrinária a respeito da natureza da relação de emprego, pois é fato que os primeiros teóricos, na sanha de enquadrar o contrato de emprego entre os tipos contratuais já então conhecidos e sistematizados, confundiram o contrato de emprego com o de locação de serviços, o de mandato e o de sociedade.

12.2 A relevância da subordinação como elemento distintivo

Se concluímos que o contrato de emprego se diferencia desses outros contratos de atividade, interessa saber quais os pontos de dessemelhança, porque de outro modo não poderemos identificar, no mundo dos sentidos, a relação jurídica que será regida pela regra trabalhista. Após acurada análise, José Augusto Rodrigues Pinto conclui:

> Sobrou apenas o critério da *subordinação jurídica* para distinguir o contrato de emprego de todos os outros de atividade. Em verdade, pela natureza da prestação do empregado, que o coloca à simples disposição do empregador para utilizá-la e dirigi-la, o contrato de emprego afasta-se de todos os seus afins. E o afastamento se torna nítido quando consideramos que, pela circunstância examinada, só no contrato de emprego a subordinação se mostra em grau absoluto[3].

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Cf. MORAES FILHO, Evaristo, *op. cit.*, p. 280.

[3] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 181.

Isso é definitivo: a subordinação em grau absoluto é elemento conclusivo no momento de diferenciar o contrato de emprego dos demais contratos de atividade. Mas há outros critérios de distinção que, embora destituídos de caráter absoluto, auxiliam o agente do direito do trabalho, nessa hora de definição[4].

12.3 A locação de serviços e o *novo* contrato de prestação de serviços

Do contrato de *locação de serviços* não se distingue, em rigor, o contrato de emprego. O que houve, por certo tempo e influência do Código Civil oriundo da era napoleônica, foi erro de denominação, porquanto seja inviável cogitar de relação locatícia cuja cessação não implique o retorno do bem locado ao locador: é impossível que a disponibilidade da força de trabalho retorne ao empregado[5].

O Código Civil em vigor supera essa atecnia e dedica, acertadamente, um capítulo[6] ao contrato de *prestação de serviço*, vale dizer, ao contrato que envolve a prestação de trabalho não regida pela legislação trabalhista. É certo que "prestação de serviço" é expressão genérica – na qual se enquadraria, no plano semântico, inclusive o serviço que se realiza no âmbito de uma relação de emprego –, mas a alusão ao gênero (prestação de serviço) serve para distinguir a espécie (prestação de serviço como objeto de vínculo empregatício) e, assim, identificar, por exclusão, todas as outras relações de trabalho que seriam residualmente regidas pelo Código Civil[7].

12.4 Distinção entre emprego e empreitada

Empreitada é a relação jurídica que se deflagra quando uma determinada obra é contratada a alguém que a executará por inteiro ou, sendo-lhe fornecido o material correspondente, realizar-lhe-á por meio de seu trabalho. Nessa segunda perspectiva, a de o empreiteiro contribuir apenas com o seu trabalho, a empreitada aproxima-se da relação de emprego, sem com ela propriamente confundir-se.

Quanto ao contrato de empreitada, os laboralistas adicionam à subordinação em grau absoluto, que denuncia a existência de relação empregatícia, três outros critérios úteis à distinção entre a empreiteda e o emprego: a) a natureza e continuidade da prestação; b) a forma de remuneração; c) a qualidade do empregador.

O primeiro critério é explicitado por Jacobi[8]: há empreitada quando se tem em vista um fim determinado, com nítida determinação, concreta, da prestação; e contrato de trabalho sempre que a prestação se distender no tempo, mediante operações genéricas, não individualizadas em espécie. Embora ocorra usualmente assim, é certo que alguns trabalhadores prestam serviço subordinado – sendo, pois, empregados – e, pondo à prova essa regra geral, trabalham por peça ou tarefa.

---

[4] Consultar, sobre a diferença entre o emprego e os contratos afins, por exemplo: Evaristo Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes (*Op. cit.*, p. 278), José Augusto Rodrigues Pinto (*Op. cit.*, 175), Orlando Gomes e Elson Gottschalk (em GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 133), Manuel Cândido Rodrigues (em RODRIGUES, Manuel Cândido. Contrato de trabalho. Contratos afins. Contratos de atividade. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo : LTr, 1993. p. 402) e Martins Catharino (em CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. São Paulo : Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 275).

[5] O *contrato de prestação de serviço* é outro tipo contratual que, a bem dizer, inexiste, pois *presta serviço* o empregado, o empreiteiro e o trabalhador eventual. Não há, no direito civil, a denominação de algum contrato típico como contrato de prestação de serviço.

[6] Capítulo VII do Título VI da Parte Especial, artigos 593 a 609.

[7] Nesse sentido é elucidativo o preceito do art. 593 do Código Civil: "

[8] *Apud* MORAES FILHO, Evaristo. *Op. cit.* p. 279.

A forma de remuneração, esse é um critério que se associa ao anterior, padecendo da mesma insuficiência. É que o empregado – notadamente no emprego industrial, primeiro destinatário da proteção trabalhista – recebe, normalmente, salário fixado na proporção de seu tempo de trabalho, enquanto o empreiteiro recebe apenas o preço da obra que contratou. O que dizer, porém, do comissionista puro? O empregado vendedor que recebe somente comissão não tem o seu salário calculado à razão do tempo, mas ainda assim é empregado, desde que se enquadre a sua prestação laboral nos pressupostos do artigo terceiro da CLT.

O critério derradeiro seria o da qualidade do empregador, defendendo-se então que é empregado aquele que trabalha para empregador *profissional*, assim sucedendo quando este *professa um ofício* e, por conta de tal ofício, contrata e cobra a prestação de trabalho, assistindo-a tecnicamente. Quando o trabalhador, em vez disso, oferece o seu serviço ao público, torna-se ele um empreiteiro, por conseguinte. Mas o critério é falho, porque nada obsta, por exemplo, que um construtor profissional contrate um pedreiro apenas para resolver um problema breve e imprevisto em seu escritório, não sendo essa prestação *eventual* de trabalho do pedreiro objeto de emprego.

12.5 Distinção entre emprego e mandato

A teor do artigo 653 do Código Civil "opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato".

Sobre as diferenças entre o contrato de emprego e o de mandato, há decerto a alusão a três critérios úteis à sua verificação: a) a gratuidade do mandato; b) a natureza da atividade; c) a existência da representação.

O contrato de mandato pode ser gratuito ou oneroso; o contrato de emprego é sempre oneroso. A propósito, Martins Catharino[9] assinala que os romanos haviam estabelecido uma nítida hierarquia do trabalho humano:

> [...] do extremo do escravo-coisa, passando pelo trabalho coisificado (*locatio conductio, operis* e *operarum*), ao outro extremo do trabalho essencialmente livre e digno (*operae liberalis*, dos advogados e geômetras, principalmente), objeto do mandato. Assim, somente o trabalho intelectual ou espiritual estava desvinculada da coisa-trabalhadora e do trabalhador coisificado, braçal e indigno, apesar de algumas exceções quanto a libertos devedores de operae (máxime cirurgiões). Segundo essa hierarquia social, o mandatário, dado o elevado valor social do seu trabalho, não era um mercenário. Recebia e aceitava honroso encargo.
>
> A gratuidade como característica do mandato desapareceu. Na prática, passou a ser exceção. Mas, devido à sua origem, conservou-se até hoje a palavra honorários para designar a remuneração paga a profissionais liberais, mandatários ou não, como se receber salários fosse depreciativo [...]

O segundo critério distintivo seria a natureza da atividade, porque o mandato teria um ato jurídico como objeto, sempre. Por sua vez, o empregado não se incumbe, regra geral, da realização de atos que desencadeiem obrigações, modifiquem-nas ou as extingam. Rodrigues Pinto[10] é, porém, enfático:

> Nada mais falso, não apenas porque o mandatário é obrigado a praticar atos-meios exclusivamente materiais para cumprir o contrato, como, na grande empresa moderna, se encontra, sistematicamente, a figura do *empregado-*

[9] CATHARINO, *Op. cit.*, p. 284.
[10] PINTO, José Augusto Rodrigues, *Op. cit.*, p. 179.

> *mandatário*, porque realiza aqueles mesmos atos jurídicos, em nome do empregador, que o mandatário deverá realizar em nome do mandante.

Sustenta-se, ademais, que a representação é inerente apenas ao mandato, porque "em nosso direito, como no francês, no português e em outros, os atos são praticados em nome do mandante, o que dá a idéia de representação"[11]. O critério é, no entanto, duplamente frágil: primeiro, porque o é na medida em que os altos-empregados exercem a representação dos seus empregadores, sem deixarem de ser sujeitos de relação de emprego (é possível, portanto, a mistura contratual); segundo, uma vez que "pode o mandatário funcionar em seu próprio nome, mas por conta do mandante"[12] – vale dizer, pode haver mandato sem representação (imagine-se o *testa-de-ferro* em uma relação negocial qualquer).

Ainda no tocante ao mandato, uma advertência faz-se necessária. É que pode haver mandatário a prestar trabalho subordinado. É induvidoso que se tratará de empregado, se essa sua prestação de trabalho também for pessoal, onerosa e não-eventual.

Autores de nomeada sugerem que, no caso de o contrato de emprego se misturar a outro, é possível apurar qual contrato é acessório, podendo sê-lo o de emprego[13]. Entendemos, porém, que o agente do direito do trabalho deve ser intransigente ao afastar a regência do emprego por norma que atenda a princípios diferentes daqueles que regem a desigual relação entre o capital e o trabalho.

Interessa lembrar, igualmente, que a subordinação necessária à caracterização do emprego é a que ocorre em grau absoluto, assim não sucedendo se, "no mandato, o mandatário prende-se a instruções concretas, limitadas, especiais, próprias para a realização de determinado ato, de certa operação ou algum negócio. No contrato de trabalho, pelo contrário, a subordinação hierárquica e administrativa é geral, ampla, indeterminada, de todas as horas e às vezes imprevisíveis, fazendo-se sentir durante toda a execução do contrato"[14].

12.6 Distinção entre emprego e sociedade

Os critérios usados, além do critério definitivo da subordinação, para a distinção entre emprego e sociedade são usualmente dois: a) salário fixo no emprego; b) *affectio societatis* na sociedade.

Ocorre, contudo, que a retirada de valor fixo não acontece apenas no emprego – é comum, inclusive, o *pro labore* fixo, em atenção ao que deliberam os próprios sócios –, nem a remuneração pelo trabalho subordinado é sempre invariável, bastando frisar o que sucede a empregados que recebem salário em forma de comissão ou na proporção das peças fabricadas, tarefas realizadas etc.

A *affectio societatis* é o sentimento, que move aqueles que ingressam em uma sociedade empresária, de repartir lucros e prejuízos decorrentes do negócio comum. Os sócios devem manifestar a sua prévia disposição em tal sentido, pois é este um pressuposto fático da existência da sociedade e um seu componente que decerto a

---

[11] Cf. Eduardo Espínola, *apud* Manuel Cândido Rodrigues, *Op. cit.*, p. 433.
[12] Cf. Eduardo Espínola, *apud* Manuel Cândido Rodrigues, *Op. cit.*, p. 433. O autor se refere ao mandato sem representação, mas a doutrina também admite a representação sem mandato, como exemplificam Gomes e Gottschalk (*op. cit.* p. 138).
[13] Cf. Gomes e Gottschalk, *Op. cit.*, p. 138.
[14] Cf. MORAES FILHO, Evaristo, *Op. cit.*, p. 283.

distingue do contrato de emprego, de par com a subordinação. O contraponto a esse valioso critério é anotado por Rodrigues Pinto[15]:

> Nem sempre a *affectio societatis* é identificada com tanta pureza essencial na sociedade. Poderíamos falar de muitas delas em que reina entre os sócios completa *desaffectio societatis*, tais as divergências de interesses individuais dentro da empresa.

12.7 Distinção entre emprego e relação de consumo

Conforme preceitua o art. 2º da Lei 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), define-se a relação de consumo pela posição singular em que se apresenta um de seus sujeitos, qual seja, o consumidor. O citado dispositivo o conceitua como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". A relação de consumo pode referir-se ao comércio de algum produto ou à prestação de algum serviço[16].

Entre os contratos de prestação de serviço que não são disciplinados pelo direito do trabalho ganhou importância, desde um certo tempo e para efeito de comparação, aquele que constitui uma relação jurídica de consumo cujo objeto seja a realização de algum trabalho. A frequência com que a jurisprudência trabalhista se reporta atualmente à relação de consumo tem, a nosso ver, duas causas que se interrelacionam: a ampliação da competência da Justiça do Trabalho e a inversão dos polos assimétricos. É fácil explicar.

Quando a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, estendeu a competência da Justiça do Trabalho a fim de que a sua prestação jurisdicional houvesse de dirimir os conflitos oriundos de qualquer relação de trabalho (art. 114, I, da Constituição), ainda que não se estivesse nos mais estreitos limites do vínculo de emprego, vozes se levantaram contra a possibilidade de serem despojadas de tal atribuição as varas especiais e de assistência judiciária da Justiça Comum que tradicionalmente se dedicavam, com a eficácia possível, à solução dessas controvérsias.

Além da mudança na estrutura do Poder Judiciário, que adviria com a competência da Justiça do Trabalho para resolver conflitos inerentes aos serviços prestados nas relações de consumo, haveria o inconveniente de somar às atribuições dos juízes do trabalho, desde sempre habituados a prover jurisdição em casos nos quais a debilidade econômica é atributo do trabalhador, a nova função de solucionar controvérsias ambientadas em relações jurídicas nas quais a hipossuficiência econômica é atributo de quem consome a prestação laboral, não o sendo de quem a presta. Há assimetria tanto na relação de emprego quanto na relação de consumo, mas decerto se invertem, entre elas, os polos assimétricos.

A nosso sentimento, apenas o primeiro desses motivos seria merecedor de mais detida reflexão, dado que bisonha a desconfiança no córtex cerebral dos juízes trabalhistas, aptos à compreensão e realização de outros valores e dogmas jurídicos. A bem dizer, seria até mesmo prudente que os conflitos gerados em relações complexas ou bifrontes, como aquelas nas quais os empresários fornecem serviços à sua clientela por meio de empregados, fossem inteiramente solucionados por um único órgão jurisdicional, tanto no que concerne ao direito de o consumidor exigir a prestação de serviço com qualidade quanto no que toca à proteção do empregado por meio do qual se

---

[15] *Op. cit.* p. 180.

[16] O art. 3º, §2º, da Lei 8.078/90 esclarece: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.".

realiza essa prestação. Não é raro ocorrer a alegação de justa causa contra empregado por conta de condenação, na Justiça Comum, do empresário em razão da qualidade ruim do serviço realizado, tendo o titular da empresa que se defender em dois foros distintos. Melhor se pudesse concentrar seus esforços perante um só magistrado.

O que importa acentuar, neste momento, é o fato de a relação de consumo não comportar a subordinação em grau absoluto do prestador de serviço, antes se verificando a posição paritária, ou mesmo de vantagem, em relação ao destinatário de seu trabalho.

E ainda que o tema relativo à competência jurisdicional seja de direito processual, convém rematar que a jurisprudência trabalhista parece tender à posição de que a Justiça do Trabalho não teria competência para atuar em controvérsias havidas nas relações de consumo, consoante se extrai de precedentes paradigmáticos do Tribunal Superior do Trabalho[17].

[17] TST, 6ª Turma, RR - 674/2006-701-04-00.0, Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. em 03/06/2009, DEJT 12/06/2009; TST, 1ª Turma, RR - 1110/2007-075-02-00.5, Min. Lelio Bentes Corrêa, j. em 20/05/2009, DEJT 05/06/2009; TST, 2ª Turma, RR - 754/2005-012-04-00.0, Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes j. em 22/04/2009, DEJT 22/05/2009.

Atualizado em julho de 2010

13

CARACTERES DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 13.1 Classificação do contrato de emprego. 13.1.1 Contrato nominado. 13.1.2 Contrato de direito privado. 13.1.3 Contrato principal. 13.1.4 Contrato consensual. 13.1.5 Contrato bilateral. 13.1.6 Contrato oneroso e comutativo. 13.1.7 Contrato *intuitu personae.* 13.1.8 Contrato continuado. 13.1.9 Contrato de adesão.

13.1 Classificação do contrato de emprego

Em se admitindo a origem contratual da relação de emprego, pode-se tentar enquadrá-la em uma das várias classificações de direito civil, assim se agindo para que se verifique a aplicação ao contrato das regras pertinentes ao tipo contratual escolhido. A doutrina trabalhista diz ser o contrato de emprego *nominado, de direito privado, principal, consensual, bilateral, oneroso e comutativo, intuitu personae, continuado* e *de adesão.*

13.1.1 Contrato nominado

A classificação dos contratos em nominados e inominados teve maior relevância entre os romanos, porque somente aos primeiros correspondia ação especial, sendo ainda distintos, em cada um dos tipos contratuais, os efeitos da manifestação da vontade. Esclarece, com pertinência, Martins Catharino[2]:

> Atualmente, tal divisão tem valor muito relativo, pois os contratos, nominados ou não, ensejam ação idêntica. Por outro lado, a expressão 'contratos nominados' serve apenas para diferençar os que têm denominação especial e legal dos que não a têm, nem são por lei regulados, embora muitas vezes os inominados não passem de variações dos nominados. Se forem realmente inominados, ficam sob as normas contratuais de caráter geral. Se não, apela-se para a analogia.

13.1.2 Contrato de direito privado

Quanto a ser contrato de direito privado, importa considerar que a inclusão dos direitos sociais entre os direitos fundamentais, pela Constituição de Weimar e outras, causou, em alguns teóricos do direito laboral, uma primeira impressão de que estaríamos no âmbito do direito público, porque não mais se exigia do Estado uma postura abstencionista – como ao tempo em que apenas as liberdades civis e os direitos políticos eram direitos fundamentais –, mas já agora se comprometia o Estado Social de

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] CATHARINO, José Martins. *Op. cit.* p. 263. O autor esclarece o porquê da distinção entre contratos nominados e inominados, no direito romano: "aos primeiros correspondia ação especial, enquanto aos segundos apenas ação geral *praescriptis verbis*. Além disso, a resolução dos nominados ficava sujeita a acordo dos contratantes, mas a inexecução por parte de um assegurava ao outro o direito de compeli-lo ao cumprimento do contrato, e não o de terminar o contrato por resilição unilateral. Quando se tratava de *inominados,* o contratante fiel podia optar entre a *actio praescriptis verbis,* para obter a execução forçada do outro, ou exigir a restituição das prestações já efetuadas, segundo a regra *condictio causa data causa non secuta,* e não por força de vinculação volitiva".

Direito, ao consolidar a social-democracia, a engendrar os meios necessários à realização dos direitos trabalhistas imanentes à dignidade do trabalho humano[3].

Isso e a imperatividade das normas de direito laboral foram insuficientes, porém, para que se convertesse o direito do trabalho em direito público. Consoante notam Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, "a mesma coisa acontece com o casamento, com as sociedades de capitais, com o inquilinato e assim por diante, que apesar de muito limitados em seu exercício e no que diz respeito à autonomia da vontade dos seus titulares, permanecem no campo do direito privado"[4].

13.1.3 Contrato principal

Sobre a classificação como contrato principal, interessa anotar que o tipo contratual antagônico seria o contrato acessório, sendo exemplos deste a fiança e a hipoteca, que inexistem por si mesmas, mas aderem a um outro contrato. Ainda quando há mistura contratual[5], ou seja, quando o empregado, *exempli gratia*, é também mandatário ou mantém com o empregador uma relação locatícia, é imperioso que se perceba a impossibilidade de o contrato de emprego aderir a regras de direito civil regentes da outra espécie contratual. A proteção ao trabalho humano estará assegurada, pois figura o contrato de emprego como contrato principal.

13.1.4 Contrato consensual

O contrato é consensual pois não exige forma especial – não é formal[6] –, nem se aperfeiçoa com a entrega de algum bem, como sucede com os contratos reais[7]. Diz-se consensual por lhe bastar o consentimento, malgrado devamos fazer remissão, aqui, ao estudo das teorias relacionistas, desenvolvido num tópico precedente deste capítulo. A exigência de forma é excepcional, sendo raros os casos em que se a exige para a constituição de vínculo empregatício (contratos especiais de marítimos e de atletas profissionais, por exemplo) ou para a validação de cláusulas contratuais (compensação de jornada, alargamento de intervalo intrajornada etc.).

13.1.5 Contrato bilateral

É bilateral o contrato de emprego por criar direitos e obrigações para as duas partes, empregado e empregador. Não custa recordar que os atos jurídicos podem ser unilaterais ou bilaterais, estes últimos se apresentando como *contratos* e, por seu turno, subdividindo-se em contratos unilaterais ou bilaterais.

A relevância de se classificar algum contrato como bilateral reside na possibilidade de lhe serem aplicáveis as regras estatuídas nos artigos 476 e 477 do novo

---

[3] Cf. De La Cueva. *Op. cit.* p. 454.
[4] *Op. cit.* p. 222.
[5] Ao explicar a expressão *mistura contratual*, Martins Catharino diz: "Por mais numerosos que sejam os contratos nominados e qualificados, com a crescente complexidade da vida social sempre surgem contratos ourtos, inominados ou atípicos, puros e impuros ou 'mistos'. [...] Realmente, nada impede que os contratantes misturem, por ser de suas vontades e interesses, elementos de dois ou mais contratos nominados e qualificados. No particular, a autonomia volitiva ainda impera". Cf. CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 295.
[6] Salvam-se exceções relativas a contratos especiais, como o de marítimo e o de atleta profissional, e outras pertinentes a cláusulas específicas, como a de compensação de jornada.
[7] Exemplos de contratos reais: mútuo, comodato etc. Embora tenhamos optado por uma classificação única, usa-se dizer que os contratos que antagonizam com os reais são os pessoais. A nossa opção se deve ao fato de os contratos consensuais serem, em regra, pessoais.

Código Civil[8]: a *exceção do contrato não cumprido* e a *cláusula resolutória tácita*. Pela primeira, a parte se desonera de cumprir a prestação a que se obrigou enquanto a outra não cumprir a que lhe cabe, sendo de relativa utilidade em contratos, como o de emprego, nos quais as prestações se sucedem no tempo, porque de trato sucessivo. A cláusula resolutória tácita autoriza à parte inocente dar por resolvido o contrato quando a outra parte desatende ao pactuado, devendo a sua pertinência ser estudada quando examinarmos a possibilidade de o empregado ou o empregador ter por cessado o contrato em razão de o outro praticar justa causa.

13.1.6 Contrato oneroso e comutativo

Afirma-se que o contrato é oneroso e comutativo, derivando a sua onerosidade do aspecto de a força de trabalho ser disponibilizada sem o ânimo da liberalidade, do puro despojamento. Fosse gratuita a prestação laboral e decerto não haveria contrato de emprego. Subdivide-se o contrato oneroso em comutativo ou aleatório[9], somente no primeiro subtipo havendo a equivalência entre as prestações – na hipótese de emprego, referir-nos-íamos à eqüipolência entre a prestação de trabalho e a contraprestação salarial.

O fato de o contrato de emprego ser oneroso, da classe dos comutativos, é de enorme relevância, porque impõe ao aplicador do direito laboral o dever de assegurar ao empregado uma contraprestação salarial sempre que acrescida à sua prestação contratual uma outra, de modo significativo[10].

13.1.7 Contrato *intuitu personae*

O contrato de emprego é *intuitu personae* apenas em relação ao empregado, dada a pessoalidade da prestação laboral, examinada quando estudados os sujeitos da relação de trabalho. O empregador pode ser sucedido e essa sucessão, conforme também se pôde perceber, não importa um novo contrato, desde que mantida a empresa, vale dizer, contanto que se sucedam os empregadores, sucedido e sucessor, na titularidade da mesma organização produtiva.

13.1.8 Contrato continuado

É o contrato de emprego continuado ou de trato sucessivo porque não pode ser executado mediante a prática de um só ato, como ocorre nos contratos instantâneos – exemplo destes é o contrato de compra e venda. É interessante notar que, nos contratos continuados, vigora a cláusula *rebus sic stantibus*, resgatada pelo direito da era moderna

---

[8] Artigo 1092 do Código Civil de 1916.

[9] Cf. Arnoldo Wald (*Op. cit.* p. 166). Ensina o autor: "o contrato aleatório é o contrato oneroso em que uma ou ambas as prestações são incertas. A incerteza pode referir-se seja à própria existência da prestação, seja ao seu valor. Contrato aleatório é, por excelência, o de seguro, em que a prestação do segurado é certa e a do segurador é incerta, dependendo da realização de uma condição".

[10] Assim sucedeu, por algum tempo, enquanto a jurisprudência foi dócil à elevação do padrão salarial do empregado nas hipóteses em que este era obrigado a usar o *BIP*, além da sua jornada normal. Sobre o mais, Márcio Túlio Viana anota: "[...]) hipótese interessante é a do vigilante, obrigado a correr riscos que hoje são quase inerentes, por assim dizer, à atividade de certas empresas... E já que tocamos no assunto, enfrentemos a pergunta: poderá ele resistir, não enfrentando o perigo? Se o perigo for grave, entendemos que sim: o salário não o contrapresta" (VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência.* São Paulo : LTr, 1996. p 205). Em outro trecho, o mesmo autor, agora secundando Clóvis Salgado, refere-se à possibilidade de o empregado se valer do art. 460 da CLT para pleitear o arbitramento de um novo e mais alto nível de salário quando é, em meio ao contrato, aumentada a intensidade de seu trabalho (p. 272).

como teoria da imprevisão[11] e a limitar a autonomia da vontade, na medida em que se propõe, por ela, que se preserve o equilíbrio contratual, a equivalência das prestações, revendo-se o valor ou fardo de alguma destas todas as vezes em que ela se tornar, por motivo imprevisto, excessivamente onerosa.

Haveria, portanto e com base na teoria da imprevisão, a possibilidade de o empregado recorrer ao Poder Judiciário com o fim de obter a revisão de seu salário contratual, dada a redução de seu poder aquisitivo em razão de corrosão inflacionária? Paradoxalmente, um ingrediente protetivo do direito laboral – a irredutibilidade do salário – favorece a tese contrária. Assim sucede porque o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, interpretou o princípio no sentido de por ele se resguardar o valor nominal do salário, não o seu valor real[12]. É possível que a isso estivesse atento Arion Sayão Romita[13] quando asseverou:

> Constitui princípio de moral elementar que a ninguém é lícito enriquecer com a jactura alheia. Do ponto de vista moral, inquestionável é a conexão entre o caráter ético do contrato e o princípio de equivalência das prestações, a exigir, como imperativo da justiça comutativa, a constante atualização do crédito salarial.
>
> Será esta uma tarefa da Constituição? Sim, sem dúvida deve constituir objeto de disposição constitucional a garantia mínima, assegurada aos trabalhadores, de defesa do poder aquisitivo do salário contra a depreciação monetária, assegurando a manutenção do seu valor real. Será tarefa da Lei? Sim, sem dúvida deve constituir objeto de preocupação do legislador ordinário o respeito ao princípio de equivalência das prestações. Mas, não só da Constituição nem da lei ordinária, como também – e principalmente – da convenção coletiva de trabalho, mercê da atividade reivindicatória dos sindicatos. Não se pode, hoje em dia, esperar tudo da lei, especialmente no campo das relações de trabalho, ante a relevante função historicamente desempenhada pelas fontes autônomas do direito do trabalho".

13.1.9 Contrato de adesão

O contrato de emprego é, enfim, contrato de adesão, porque nele o empregado normalmente aceita as condições predispostas pelo empregador, não interferindo, regra geral, na estipulação das cláusulas contratuais. Num parêntese necessário, cabe ressaltar que, no contrato de emprego, o trabalhador não adere, sempre e propriamente, a cláusulas previamente concebidas pelo empregador, pois um e outro se sujeitam, no comum dos casos, a condições impostas por lei. Essa característica não converte o emprego em contrato paritário, uma vez que o Estado apenas intervém para assegurar um ajuste que respeite os limites da dignidade do trabalho humano, nada impedindo o empregador de intensificar a proteção garantida ao seu empregado, aumentando-a.

A salvo aquelas raras hipóteses em que o conteúdo do contrato é realmente estabelecido com a colaboração do empregado, a exemplo do que ocorre a altos-empregados, atletas profissionais ou artistas consagrados, a regra generalíssima é a

---

[11] Alguns civilistas criticam a *imprevisão* como um pressuposto necessário à revisão dos contratos, que objetiva o restabelecimento do equilíbrio contratual. Mas é certo que o artigo 478 do novo Código Civil está a consagrar a teoria da imprevisão.

[12] Tratando da extensão desse princípio ao servidor público, o STF entendeu que não havia proteção constitucional que assegurasse irredutibilidade de valor real, pois protegido somente o valor nominal (STF, RE 163851/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17/5/94, DJ 25/11/94). Mas há, também, decisão em sentido contrário (STF-2ª. T., RE 193285/RJ, Min. Marco Aurélio, j. 16/12/97, DJ 17/4/98, p. 17).

[13] ROMITA, Arion Sayão. O princípio da equivalência das prestações na execução do contrato de trabalho. *Revista Jurídica do Trabalho*, Salvador, ano I, n. 1, p. 157, abr./jun. 1988.

adesão do empregado a cláusulas ordenadas pelo empregador, que se restringe a garantir o nível de proteção que a norma estatal ou coletiva já previa.

E que importância há em se classificar o contrato de emprego como de adesão? O artigo 423 do novo Código Civil estatui que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Indo além, o artigo 6º, VIII, da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) assegura ao sujeito da relação de consumo uma proteção não prevista, com igual largueza, no direito material e processual do trabalho, ao menos nas fontes de produção estatal. O dispositivo reza que é direito básico do consumidor "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

14

ELEMENTOS DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 14.1 O que são elementos de um contrato. 14.2 Elementos essenciais do contrato de emprego. 14.2.1 Os pressupostos: a *capacidade,* a *liceidade do objeto* e, em alguns casos, a *legitimação.* A) A capacidade trabalhista. B) A licitude do objeto. C) A legitimação. 14.2.2 Os requisitos da relação de trabalho: *causa, consentimento* e, excepcionalmente, a *forma especial.* A) A causa. B) O consentimento. C) A forma escrita ou a exigência de solenidade. 14.3 Elementos acidentais do contrato de emprego.

14.1 O que são elementos de um contrato

Os teóricos do direito do trabalho não raro são omissos quanto aos elementos do contrato de trabalho pela razão, singela mas não desprezível, de que a obrigação trabalhista é definida e vincula os seus protagonistas muito mais em razão do modo como se presta o trabalho do que em virtude da maneira como se o ajustou. Sobressai, sempre e sempre, a primazia da realidade.

O *ato de emprego* é mais relevante que a vontade expressa, quer na caracterização do vínculo, quer na identificação das prestações devidas pelo trabalhador e por aquele que lhe toma os serviços. Ainda assim, há *contrato* e, não obstante as peculiaridades do contrato de emprego (estudadas no capítulo alusivo à natureza da relação empregatícia), interessa consultar os seus elementos segundo as categorias teóricas desenvolvidas pelos estudiosos do direito civil.

A primeira preocupação é certamente a de compreender o que são os elementos de um contrato e entender que a percepção desses elementos permitirá, na sequência, saber quais os efeitos que derivam da presença ou ausência de cada elemento em um contrato qualquer, inclusive no contrato de emprego.

A indicação dos elementos de um contrato observa o método de abstração: quando isolamos uma *coisa* e estudamos os seus elementos, a nossa pretensão é a de resgatar o método aristotélico de conhecimento do mundo sensível e, assim, investigar o que é, de tal coisa, a sua essência e o que, nela, é acidental. Assim, identificamos o gênero a que pertence o objeto de nossa intelecção e a sua classificação em meio a coisas distintas.

No Brasil, a atividade intelectual dos contratualistas, que consiste em abstrair do contrato o que é, nele, um *acidente*, para assim apartar a sua *essência*, está claramente influenciada pela erudição de Francesco Carnelutti[2]. O teórico italiano observou que os fatos, sejam naturais ou produzidos pelo homem, se desenvolvem progressivamente, a

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

partir de uma situação inicial. Nem sempre é possível ao homem observar todo o decurso do fato, desde o princípio até o evento (como faz o médico ao notar a sintomatologia de uma enfermidade, acompanhando toda a sua evolução); mas, quando se determina a causa ou o efeito, depreende-se que se conseguiu fixar a progressão das situações. Cada situação é a causa[3] da situação seguinte.

Os fatos em sentido estrito, ou seja, aqueles com causa exterior[4], podem ser ou não dependentes da vontade do homem. Nos casos em que a transformação de uma situação em outra depende da vontade, ou seja, da aptidão do pensamento para constituir a causa de uma modificação exterior, percebe-se que o homem está em condição de governá-la, denominando-se esse fato ou transformação de *ato*.

14.2 Elementos essenciais do contrato de emprego

A singularidade do raciocínio de Carnelutti está, segundo o seu próprio testemunho, na percepção de que para se proceder à classificação dos requisitos (ou elementos essenciais) do fato jurídico é necessário que se submeta esse fato a decomposição ou análise, identificando-se, nessa trilha, quais os *modos de ser postos pela norma* que são essenciais tanto à situação inicial quanto ao fato e, noutro canto, quais desses elementos[5] não concernem à situação inicial, mas apenas ao fato ou situação final. Aos primeiros, Carnelutti denominou *requisitos estáticos* e nós, sob o escólio de Orlando Gomes[6], diremos que esses elementos essenciais são os *pressupostos.* Os *requisitos dinâmicos* são os que se encontram no fato (situação final), mas não na situação inicial, sendo referidos por todos como *requisitos,* simplesmente.

Sobre os requisitos estáticos (ou pressupostos), cabe ver que quando o fato é um ato, nota-se, consoante sobrevisto, uma situação jurídica em movimento, pela vontade do homem. Dir-se-ia, com Carnelutti, que "um dos sujeitos desta (situação jurídica) torna-se o agente que, em face do paciente, opera sobre o bem a que se dirigem os seus interesses respectivos, no conflito juridicamente regulado". São três, então, os pressupostos, ou seja, os pontos de coincidência entre o fato e a situação inicial: os sujeitos (a que corresponde o pressuposto da *capacidade*), o objeto (que corresponde ao pressuposto da *comerciabilidade*) e a relação (correspondente ao pressuposto da *legitimação*).

A propósito dos requisitos dinâmicos, é bastante afirmar que os caracteres juridicamente relevantes da mutação (transformação da situação inicial em fato jurídico) podem dizer respeito ao *tempo*, ao *espaço* ou à *forma*[7]. Quanto à dimensão temporal de uma situação, ocasionada pela vontade do sujeito, é suficiente, para converter a situação

---

[3] Conforme propõe Carnelutti (*Op. cit.*, p. 70), *princípio* e *evento* são termos que pertencem à terminologia do *fato; causa* e *efeito,* à terminologia da *relação.*

[4] Sobre os fatos com causa interna, Carnelutti (*op. cit.* p. 76) explica que há entes com capacidade própria para se transformarem; os fatos têm causa externa quando a transformação "resulta, não já de um ente apenas, mas da combinação de um ente com outro".

[5] Carnelutti (*op. cit.* p. 404) preferia, com ainda maior rigor, chamar *elementos* os requisitos internos, que são intrínsecos aos atos e que são, por ele mesmo, tratados como *requisitos dinâmicos,* dizendo serem *circunstâncias* os requisitos externos, por "serem extrínsecas à estrutura do fato, isto é, ao ciclo de situações sucessivas que o constituem, ou seja, aquém da situação inicial ou além da situação final".

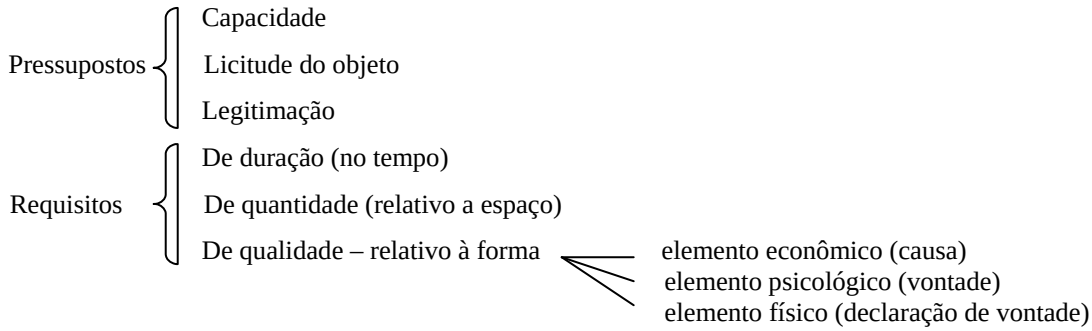
[6] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* p. 322. O autor faz remissão a Betti.

[7] Nada obstando, porém, que uma mutação complexa se possa revestir de caráter espacial e formal. Assim se dá com o fato em geral, não apenas com o fato em sentido estrito.

inicial em fato (ou ato jurídico), termos presente o requisito concernente ao tempo, qual seja, a duração[8]. De menor importância é o segundo requisito dinâmico, o da quantidade, que respeita ao espaço[9]. Por fim, tem destacada relevância o requisito dinâmico da qualidade, a que corresponde, como se pode deduzir, o tipo de ato jurídico formal, que é aquele em que a forma é exigida para o desenvolvimento desde a situação inicial até o ato.

Como *forma* não se deve entender, aqui, alguma forma especial (um documento escrito, público ou particular, por exemplo), mas um modo sob o qual se deve manifestar o devir da situação inicial ao ato[10]. O ato *formal* é aquele que realiza uma transformação no mundo exterior. Por isso, Carnelutti[11] observa que a forma, enquanto requisito dinâmico, decompõe-se em três elementos: um econômico (concernente à *causa*, que é um interesse futuro que estimula a vontade, projetando-se ao início da mutação na mente do sujeito), um elemento psicológico (pertinente à *vontade*, embora o ciclo psicológico não se resuma a esta, ou seja, ao momento em que o pensamento está apto a exteriorizar-se, mas se inicie com o elemento econômico e se encerre com o elemento físico) e um elemento físico (que corresponde à *declaração da vontade*).

Os pressupostos (requisitos estáticos) e requisitos (requisitos dinâmicos) do ato jurídico seriam, portanto, os seguintes:



Ao desenvolvermos o estudo dos pressupostos e requisitos da relação laboral, incluiremos a legitimação e a forma, embora estas sejam elementos essenciais de alguns contratos de emprego, não de todos. O nosso interlocutor nos fará essa concessão, porém, ante a pouca utilidade de se apartar o exame dos elementos essenciais de contratos especiais de emprego, o que alongaria, demasiada e desnecessariamente, o presente texto.

14.2.1 Os pressupostos: a *capacidade,* a *liceidade do objeto* e, em alguns casos, a *legitimação*

A) A capacidade trabalhista

---

[8] O *fato jurídico temporal* (*omissivo*) mais conhecido é a prescrição.

[9] O exemplo de *fato jurídico espacial* seria o imposto progressivo, "segundo o qual o simples aumento de riqueza, independentemente da sua transformação, produz uma alteração de certas situações jurídicas tributárias" (Carnelutti. *op. cit.* p. 337).

[10] Com Orlando Gomes (em Introdução do Direito Civil, p. 336), é possível dizer que se emprega em duplo sentido o vocábulo *forma:* "No primeiro é a própria expressão do ato; no segundo, a veste externa da declaração de vontade". Carnelutti (*op. cit.* p. 333) observa, com acuidade, que "quando pensamos num fato jurídico, logo nos vem a mente a transformação em que se traduz o *fato formal*. Um homicídio, um furto, uma venda, um testamento, uma sentença antolham-se nos fatos jurídicos na medida em que, através deles, se muda a forma do mundo exterior".

[11] *Op. cit.* pp. 412-425.

A norma pode condicionar o efeito jurídico de um ato ao modo de ser da pessoa que o pratica. Se o ato é de emprego, cuida-se de capacidade trabalhista. E se está a tratar de requisito estático, porque se o exige "para a eficácia do fato na medida em que o for para que a pessoa seja sujeito da situação que com o ato se desenvolve"[12].

Nos artigos 3º e 4º do nosso novo Código Civil[13], há regras sobre a capacidade civil que se aplicam a um dos sujeitos da relação de emprego, vale dizer, ao empregador. No artigo 3º está previsto que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. O artigo 4º reza que são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos.

Ao prescrever que os absolutamente incapazes não podem exercer, pessoalmente, os atos da vida civil, está o artigo 3º do Código Civil a preceituar, *a contrario sensu*, que de outro modo eles podem ser sujeitos de relação jurídica, desde que não se obriguem por ato próprio. Por isso, diz-se, no âmbito do direito civil, que todas as pessoas têm *capacidade de direito*, embora aos incapazes falte a *capacidade de exercício*. Quando se tornam sujeitos de obrigação, os absolutamente incapazes precisam ser *representados* por seus responsáveis legais, enquanto os relativamente incapazes estão aptos a manifestar a sua vontade na constituição de ato jurídico, contanto que *assistidos.*

Não é possível, porém, adotar essas regras do direito civil no tocante ao empregado, ao menos no que tange aos limites etários. Quanto ao empregado, a norma pertinente é o artigo 7º, XXXVII, da Constituição[14], que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Logo, a capacidade de ser empregado observa os seguintes parâmetros:

I – Os menores de dezesseis anos, ou de quatorze anos no caso de aprendiz, não podem ser sujeitos de relação de emprego; essa regra pode causar estranheza a quem se apegar em demasia à letra do artigo primeiro do Código Civil, que universaliza a *capacidade de direito*, ao estatuir que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Contudo, parece, uma vez mais, assistir razão a Carnelutti[15], quando sustenta que "capacidade jurídica e capacidade de agir, logicamente, são coisas distintas, mas, na prática, semelhantemente a situação e fato, são uma só e a mesma coisa. Elas configuram o aspecto estático e dinâmico de um mesmo fenômeno. O que para a eficácia do ato

---

[12] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 366.

[13] Artigos 5º e 6º do Código Civil de 1916. No primeiro desses dispositivos prescreve-se que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, assim declarados por ato judicial. No artigo seguinte, que são incapazes, relativamente a certos atos, os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos, os pródigos e os silvícolas.

[14] Conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98.

[15] *Op. cit.* p. 367.

importa é que os seus sujeitos sejam pessoas que possam ser sujeitos da situação jurídica inicial". O autor refere exemplos extraídos da norma penal e comercial, em que há restrições tanto à capacidade ativa como à capacidade passiva, ou apenas a uma delas, para concluir que "não existe uma capacidade para todos os atos como não existe uma capacidade para todas as situações, e que a capacidade é, antes, regulada por categorias de atos e de situações"[16].

II – Os trabalhadores maiores de quatorze anos, se aprendizes, ou maiores de dezesseis e menores de dezoito anos têm capacidade trabalhista relativa, mas precisam ser assistidos apenas nos atos de constituição ou desconstituição do vínculo empregatício. Como observa Rodrigues Pinto[17], respaldado no artigo 439 da CLT, "a incapacidade relativa trabalhista não inabilita o menor a praticar sozinho os atos relacionados com a execução do contrato, como, por exemplo, dar quitação de salários, pactuar alterações favoráveis ao seu interesse [...]". Há orientação jurisprudencial[18], ainda, no sentido de se presumir a assistência em favor do menor relativamente incapaz que já obteve, na forma do artigo, 17, §1º, da CLT, a emissão de sua CTPS.

III – Aos dezoito anos, o trabalhador adquire capacidade plena de contratar emprego.

IV – A prescrição não corre contra o menor de dezoito anos (artigo 440 da CLT).

V – A inobservância do pressuposto da capacidade não impede que o trabalhador menor exija a remuneração do tempo em que disponibilizou a sua força de trabalho e mesmo o pagamento de verbas da dissolução contratual, uma vez que a proibição do trabalho do menor é norma que visa a este proteger e, além disso, é impossível se restituir ao empregado a prestação que lhe coube, qual seja, a sua energia de trabalho. No direito civil, apenas o menor pode postular a rescisão do contrato, em razão de sua incapacidade[19]. A regra proibitiva do artigo 7º, XXXIII, da Constituição faz transcendente o interesse, que é assim de toda a sociedade, contra o trabalho do menor de dezesseis anos. O Ministério Público é, em parceria com os agentes de proteção à criança e ao adolescente, o órgão estatal responsável por promover a obediência a esse limite etário.

B) A licitude do objeto

Quando acima nos referimos à comerciabilidade do objeto, estávamos, por óbvio, a dizer da sua idoneidade jurídica, ou seja, do *modo de ser do objeto da relação jurídica* (a prestação exigível, no caso do emprego) que faz dele um bem idôneo para a

---

[16] Assim, não nos parece que a representação do menor absolutamente incapaz seja inviável em razão da pessoalidade da prestação laboral, como defendem autores de nomeada, mas de negação da capacidade jurídica, pura e simplesmente.

[17] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo : LTr, 2000. p. 162.

[18] TST, 2ª T., Proc. n. RR 2169/87, Rel. Min. Aurélio Mendes de Oliveira, Decisão em 17/11/97, DJ 12/02/88, p. 2109.

[19] Cf. RODRIGUES, Silvio. Direito civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 285.

formação do objeto da situação jurídica inicial, mantendo-se presente na evolução desta até a completa constituição da relação jurídica de emprego[20]. Estamos a cuidar de um requisito estático exatamente porque é ele um ponto de coincidência entre a situação inicial e o fato jurídico[21].

É interessante notar, ainda, que o artigo 166, II, do Código Civil[22] prevê a nulidade do negócio jurídico quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto. A propósito do objeto impossível, é correto afirmar que a água do mar e o ar atmosférico não são, rigorosamente, coisas fora do comércio. A bem dizer, não são *coisa* alguma, porque a coisa é uma porção finita da realidade. Essa noção de finitude fica clara quando percebemos que a mesma água do mar, vertida em um balde e levada a região agreste, onde seja ela um bem exótico e valioso, adquire a condição de *coisa* e pode, assim, ser objeto de relação jurídica[23].

Como o objeto da relação jurídica nem sempre é uma coisa, podendo ser uma prestação de fato, Orlando Gomes[24] defende que *objeto* nos negócios jurídicos[25] são "as vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais, consistentes em coisas ou serviços que interessam aos indivíduos". E arremata: "Os negócios que têm como objeto serviços exigem a prática de atos que satisfaçam determinadas necessidades humanas".

Mas, qual, afinal, seria o objeto ou prestação exigível da relação jurídica de emprego? No que toca ao empregado, a resposta correta seria alusiva à *disponibilidade da energia de trabalho*. Há relação de emprego pelo simples fato de o trabalhador sujeitar a sua força à direção de quem pretende lhe tomar os serviços, mesmo antes de a essa força de trabalho ser dada uma certa destinação.

Por isso, assiste razão ao professor Rodrigues Pinto[26] ao afirmar existir, na relação de emprego, um objeto imediato ou próximo (a disponibilidade da energia de trabalho) e um objeto mediato ou remoto (pertinente ao direcionamento dado à energia de trabalho, pelo empregador). Adiantamos a nossa divergência, porém, no tocante à possibilidade, que parece cogitada pelo insigne mestre, de se ter por ilícito o objeto mediato da relação laboral quando a "efetiva utilização da energia do empregado, ligada à causa de contratar do empregador", tornar ilícito o tal objeto mediato em razão de ser este "destinado a servir a um fim empresarial contrário ao direito em sua essencialidade ética".

Não convergimos quanto a ser sempre assim. É que o objeto é pressuposto ou requisito estático do negócio jurídico, ou seja, elemento que se acha presente na situação jurídica inicial, que se desenvolve no ato, até o fato ou negócio jurídico. Por conseguinte, a ilicitude do objeto não pode ser um elemento extrínseco à situação inicial, como é aquele

---

[20] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 376.
[21] O *fato jurídico* é, no nosso caso, a relação de emprego.
[22] Artigo 145 do Código Civil de 1916, que não fazia alusão ao objeto *indeterminável*.
[23] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 377.
[24] *Op. cit.* p. 326.
[25] Conforme Orlando Gomes (em Introdução ao Direito Civil, p. 238), *negócio jurídico* é "toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondente ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei".
[26] *Op. cit.* p. 165.

atinente à causa do contrato[27]. Sendo um ponto coincidente na situação inicial e no negócio jurídico, o objeto mediato será ilícito, apenas, nas vezes em que a sua antijuridicidade for inerente à prestação em si mesma, a exemplo do que sucede quando a destinação contratual da energia de trabalho é, ilustrativamente, a de matar homens ou consumar outros delitos.

Se a intenção de praticar a ilicitude não habita o pensamento do trabalhador, mas este apenas contribui, involuntariamente, para o exercício ilícito de uma atividade econômica (suponha-se o empregador que não está habilitado, na forma da lei, a exercer sua profissão), ou para o exercício dissimulado de uma atividade ilícita, o elemento do negócio jurídico inquinado de ilicitude é, nessas hipóteses, a causa, vale dizer, o interesse que o empregador buscou satisfazer através da energia de trabalho do referido empregado. Não haveria, em tais casos, objeto ilícito, a menos que o trabalhador tivesse conhecimento da ilicitude praticada pelo tomador dos seus serviços e fosse, nessa medida, co-autor ou partícipe do delito.

Logo, a ação voluntária de praticar um delito ou de contribuir para a sua prática é, igualmente, delituosa, porquanto típica e antijurídica, não surtindo o efeito jurídico pretendido, validamente. A ilicitude do objeto da relação de emprego impede que se assegure ao trabalhador qualquer prestação trabalhista, seja salarial ou indenizatória[28].

Uma derradeira observação se faz, contudo, necessária e diz respeito à configuração da ilicitude ou antijuridicidade de um ato concreto qualquer. A tradição positivista dos agentes do direito, no Brasil, impele-os, muita vez, a que confundam a tipicidade da conduta (o fato de ela estar prevista, em norma legal, como delito) com a sua antijuridicidade, malgrado o direito penal há muito abomine essa erronia.

Não custa recordar que a tipicidade faz presumir a ilicitude, ou seja, a reprovabilidade social da conduta, mas o Direito protege o autor do fato típico sempre que a sua ação se enquadre em uma causa legal (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou extralegal (hipóteses em que a ação é típica, mas o tipo penal caiu em desuso, dada a aceitação social da conduta nele subsumida) de exclusão da antijuridicidade. Isso bastou a que se tenha entendido, na jurisprudência trabalhista, pela garantia a cambistas do jogo do bicho de direitos trabalhistas, não obstante ser essa prática descrita, em norma legal, como uma das hipóteses de contravenção. A sociedade faz as suas apostas porque desdenha dessa

---

[27] Embora devamos estudar a *causa* mais adiante, cabe aqui transcrever a pertinente observação de Carnelutti (*Op. cit.* p. 376): "[...] Esse erro consiste em ter confundido o objeto com a causa, isto é, e em substância, o bem com o interesse [...]. É certo que a distinção entre os dois requisitos pode ser delicada e difícil de descobrir; mas existe. Assim e nomeadamente a compra e venda de um homem é viciada não de ilicitude da causa mas de incomerciabilidade do objeto; vice-versa, o vício é causal no contrato de meretrício, pois o corpo humano [...] não é afetado de uma incomerciabilidade total e pode, portanto, ser objeto de obrigações; o interesse que aqui constitui o conteúdo da obrigação é que é de natureza tal que a norma não permite a sua tutela".

[28] Em razão da diferença de tratamento dispensada à matéria pelo professor Rodrigues Pinto, sustenta este autor, ao versar sobre os efeitos da nulidade conseqüente de objeto ilícito (*op. cit.* p. 191), que "se o empregado conhece a atividade de contrabando e para ela não contribui diretamente, pois apenas faz a limpeza do recinto onde se realiza, [...] deve preservar-se da retroação apenas a contraprestação salarial, correspondendo diretamente à energia utilizada pelo empregador, visto ter sido passiva a postura do empregado e não contributiva, diretamente, para o resultado ilícito do empreendimento". Como o mestre baiano está usando, a título de exemplo, uma *empresa dedicada à prática de contrabando sob a dissimulação de uma atividade comercial comum*, parece-nos que há causa ilícita, ou mesmo falsa causa, não podendo ser nulo o ato por ilicitude de seu objeto.

tipicidade e, quando não associam a aposta no *bicho* a outros delitos de maior nocividade, as autoridades responsáveis pela repressão estatal toleram-na, igualmente. A Justiça do Trabalho esteve, sem o dizer, a proclamar, em favor de citados trabalhadores, a licitude do seu comportamento[29].

C) A legitimação

Com o intuito de distinguir *capacidade* de *legitimação,* Orlando Gomes e Elson Gottschalk[30] ressaltam:

> Toda pessoa capaz pode obrigar-se por um contrato de trabalho que tenha objeto lícito. Mas, essa aptidão geral para vincular-se por esse negócio jurídico sofre limitações em relação à celebração do contrato de trabalho com determinado objeto, por parte de certos indivíduos.

Ao introduzirmos o assunto relativo aos elementos essenciais da relação de trabalho, enfatizamos a conveniência de nos apegarmos aos princípios da estática e da dinâmica jurídica, sustentados por Carnelutti. Com esse valioso suporte teórico, incluímos a legitimação entre os pressupostos – ou requisitos estáticos – da relação jurídica de emprego, adotando, aqui e assim, a premissa de que estamos a cuidar de elemento contido na situação jurídica inicial, que pelo ato de emprego se desenvolve até formar-se a relação jurídica de trabalho.

Podemos afirmar que, enquanto a capacidade é um modo de ser do sujeito em si, a legitimação "resulta de uma sua posição, isto é, de um modo de ser para com os outros"[31]. Anota ainda Carnelutti que o conceito de legitimação evoluiu melhor no campo do direito processual, ao se perceber que do autor e do réu não se exigia apenas a capacidade, mas igualmente o elemento da legitimação (legitimidade *ad causam*), isto é, um outro elemento que, ligando-os desde o conflito de interesses que precedeu a ação judicial (ou seja, ligando-os desde a situação inicial), deveria estar a ligá-los na relação jurídica processual que por essa ação se constituía.

Tentando escapar do plano estritamente teórico, poderíamos observar que o menor que tem dezesseis anos ou mais é relativamente capaz de ser empregado, mas não o será se o contrato de trabalho for daqueles que os menores[32] não podem celebrar, a exemplo dos que exigem trabalho noturno, perigoso ou insalubre (artigo 7º, XXXIII, da Constituição)[33].

A lei, ao negar a pessoas que não possuam a graduação acadêmica correspondente o exercício de certas profissões, está a estatuir que a essas pessoas falta legitimidade para serem empregados em áreas que tais. Novamente inspirados em Gomes e Gottschalk[34], devemos reparar que não se pode vislumbrar ilicitude do objeto nos exemplos

---

[29] Entendimento contrário: sobre a ilicitude do contrato nas hipóteses de jogo do bicho, ver orientação jurisprudencial n. 199 do TST.

[30] GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148.

[31] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 383.

[32] Menores que já o eram na situação inicial, ou seja, antes de se constituir a obrigação trabalhista, por isso se cuidando de requisito estático ou *pressuposto.*

[33] Algumas outras restrições eram impostas às mulheres, mas a Lei 9799/99, porventura inspirada no princípio da isonomia, alterou o artigo 373 da CLT, dando-lhes tratamento apenas protetivo.

[34] *Op. cit.* p. 149.

dados. Regra geral, o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, assim como o exercício da advocacia, medicina ou engenharia não são ilícitos. Há licitude do objeto, faltando, embora e nas hipóteses referidas, o pressuposto da legitimação.

O artigo 166 do novo Código Civil enumera os elementos essenciais dos atos jurídicos cuja inobservância os torna nulos. Mas a sua aplicação subsidiária, autorizada pelo artigo 8º da CLT nos casos de omissão da ordem trabalhista e compatibilidade com o princípio da proteção, nem sempre se faz necessária em se tratando de matéria pertinente aos elementos essenciais do contrato, já que o artigo 9º da CLT prescreve: "São nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Assim, o ato infringente de qualquer norma protetiva[35] é nulo, embora a impossibilidade de devolver as partes à condição em que estavam antes do negócio jurídico assegure ao trabalhador a remuneração correspondente ao tempo em que disponibilizou sua força de trabalho e as verbas relativas à dissolução do contrato, tal como dissemos a propósito da ausência de capacidade.

Quando a legitimação para algumas pessoas – e não para todas as pessoas capazes – é prevista em razão de interesse diverso, a exemplo do que ocorre nos casos de exercício ilegal de profissão (que não encerra proteção ao próprio empregado), decerto a nulidade do contrato vai depender de tal efeito estar referido em lei[36], parecendo-nos que a prestação de trabalho surtirá o direito à correspondente remuneração (sem outras parcelas, além da contraprestação salarial) somente na hipótese de o empregador dela se beneficiar e na exata medida em que isso possa evitar o seu enriquecimento sem causa.

14.2.2 Os requisitos da relação de trabalho: *causa, consentimento* e, excepcionalmente, a *forma especial*

Vimos que os requisitos dinâmicos do fato jurídico seriam aqueles que se encontram ausentes na situação inicial e são requisitos de duração, de quantidade e de qualidade. Dadas as peculiaridades da relação jurídica de emprego, somente os requisitos inerentes à *forma*, que são os requisitos de qualidade, merecem estudo destacado. Exatamente por ser o contrato de emprego, como regra, do tipo consensual (não solene), o nosso estudo estará centrado nos elementos econômico (causa) e psicológico (vontade → consentimento) do requisito formal. Centraremos atenção, por outro lado, no elemento físico (declaração de vontade), ante as situações em que ele é excepcionalmente exigido.

A) A causa

Ao afirmar, com apoio em Carnelutti, que a causa é o componente econômico do requisito formal, estamos a compreender a *forma* como o modo sob o qual se manifesta a mutação de situação jurídica inicial em relação jurídica de emprego, não restringindo o termo *forma* à acepção que o reduziria à declaração escrita da vontade, que seria um seu elemento (o elemento físico). O adjetivo *econômico* é usado, por sua vez, em seu sentido

---

[35] A nosso pensamento, a referência aos preceitos contidos na CLT é resultante de uma primeira pretensão, logo malograda, de integrar toda a ordem jurídica trabalhista no texto consolidado e, por isso, não impede que se aplique a pena máxima da nulidade nas hipóteses em que o preceito violado está contido em outra norma trabalhista.

[36] Consoante reza o art. 145, V, do Código Civil.

mais amplo, entendendo como economia "tudo aquilo que é atinente ao desenvolvimento dos interesses, com inclusão daqueles a que, um pouco por aproximação, se dá o nome de interesses morais"[37]

Por seu turno, a noção de *interesse* está associada à insuficiência, para atender às necessidades de todos os homens, dos bens materiais ou ideais que podem ser objeto de apropriação. A causa é, portanto, o interesse que estimula a vontade.

Contudo, é preciso notar que o empregador pode, no campo das hipóteses, constituir a relação de emprego com empregada, tencionando, embora, conquistá-la como mulher; também pode suceder de o empregado se candidatar, com êxito, a emprego de que não pretende extrair a remuneração indispensável à sua subsistência, por ser de outra ordem o seu interesse. Em biografia escrita por Fernando de Moraes, é antológico, por exemplo, o episódio em que Assis Chateaubriand aceita o emprego de copeiro em uma casa de família, cuja matriarca o confundiu com um possível pretendente de tal vaga, malgrado ele a fosse visitar com o intuito de postular o seu ingresso na equipe de jornalistas da empresa de comunicação por ela mantida. Mais adiante e se valendo desse artifício, Chateaubriand alcançou o seu intento, empregando-se no Jornal.

Qualquer interesse configuraria a causa? Houve acirrada divergência entre teóricos subjetivistas, defensores da *razão determinante* da vontade de contratar (o interesse, porventura lícito, de oferecer-se ao emprego visando à conquista do empregado de outro sexo), e os teóricos objetivistas, que advogavam a preeminência da *causa típica*, a ser investigada em vista da significação social do negócio jurídico e sua função, ao pressuposto de que o ordenamento jurídico protege apenas os negócios jurídicos socialmente úteis (na relação de emprego, a causa típica para o empregador é o interesse em obter a utilidade do trabalho a ser prestado pelo empregado; para o empregado, o recebimento de salário).

Logo se notou que a prevalência do objetivismo conduziria à inutilidade da noção de causa, pois a causa seria, sempre, a antevisão do objeto da relação jurídica, bastando a verificação deste para se indagar, daquela, a ilicitude. O embate dialético entre as duas correntes resultou, por isso, no sucesso de uma concepção dualista, que "admite a causa típica dos objetivistas, mas não despreza a noção subjetiva, entendendo que a função econômico-social de cada tipo de negócio jurídico tem de ser examinada à luz do resultado visado pelas partes, ao celebrá-lo"[38].

Da visão teórica à prática, dizemos, com apoio em Orlando Gomes[39], que quando um juiz examina uma relação jurídica, constituída para que uma das partes ofereça a sua energia de trabalho em troca de alguma remuneração, não se limita o juiz a identificar o contrato de emprego como o tipo de negócio jurídico a que corresponde esse esquema objetivo, para aplicar, então, as regras legais pertinentes. Indaga tal magistrado, ainda, se as partes usaram o negócio jurídico para atender a interesse lícito, esteja ou não presente, no caso concreto, a causa típica.

Nos exemplos citados, em que o empresário se tornou empregador para conquistar a candidata ao emprego ou o jornalista se travestiu de copeiro para assim

---

[37] Cf. Carnelutti. *Op. cit.* p. 414.
[38] Cf. Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil.* p. 334.
[39] *Op. cit.* p. 334. O exemplo do autor não é rigorosamente este, mas serve de inspiração.

viabilizar a sua contratação pelo Jornal da dona da casa, a razão determinante não conta, em princípio, com a reprovabilidade social que a faria ilícita.

A causa será antijurídica, contudo, se o interesse, que mover o empregador, for o de utilizar o trabalho do empregado com a intenção de dar à vista uma atividade econômica aparentemente regular, mas que serve de fachada para escamotear a sua prática ilícita. Imagine-se, já agora, o proprietário de loja de utensílios domésticos que inclui entre os bens, que oferece ao comércio, as mercadorias que obtém por meio de descaminho ou contrabando; ou o titular de estabelecimento farmacêutico que disfarça, em sua drogaria, o mercado de substância entorpecente; ou ainda o titular de empresa hoteleira que a usa para a prática de rufianismo.

Resta saber se essa causa ilícita torna nulo o contrato. Entre os civilistas, a discussão tornou-se por muitos anos esquecida, assim sucedendo por força de um artifício do legislador, que não incluiu, no artigo 145 do Código Civil de 1916, a causa ilícita como uma das razões de se inferir a nulidade do contrato[40]. Está a referência à causa apenas em seus artigos 90 e 92, aquele a prescrever que "só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição", este último a dizer que "os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa". É interessante notar que os dois dispositivos (artigos 90 e 92 do Código Civil de 1916) foram mantidos no Código Civil em vigor a partir de 2003 (artigos 140 e 145), mas estão, em ambos os códigos, inseridos na seção que trata dos vícios da vontade, em meio a artigos que tratam de erro, ignorância e dolo, não tratando, estritamente, de causa. Além disso, versam, somente, sobre a *falsa causa* (ou *falso motivo*, como está no novo Código Civil) e sobre a vontade viciada por *dolo*[41], que é vício da vontade a ser estudado mais adiante.

A *falsa causa* ou *falso motivo*, referido no artigo 140 do novo Código Civil, não se confunde com a *causa ilícita*. No primeiro caso, dá-se a realização de negócio jurídico em razão de causa expressa que se percebe, mais adiante, inverídica[42]; na causa ilícita,

---

[40] O Código Civil de 1916 denuncia a índole positivista de seus autores, quando abstrai da *causa* para regular apenas os elementos seguintes da forma, quais sejam, a *vontade* e a *declaração da vontade.* Desse modo, opera o legislador com categorias jurídicas que se elevam a um segundo grau de abstração (não há referência a modelos de condutas, mas a características ou elementos extrínsecos e comuns a todas as condutas possíveis), aproximando-se mais, assim, do seu ideal de conceber um sistema jurídico *completo* e desapegado de referências metafísicas. Sobre essa concepção formalista do direito, que arrisca confundir o *justo* com o *legal*, é eloqüente o comentário de Clovis Bevilaqua, inserto em edição histórica do Código Civil, ao seu artigo 90: "Os motivos do acto são do domínio da psychologia e da moral. O direito os não investiga, nem lhes soffre influencia; excepto quando fazem parte integrante do acto, que appareçam como razão delle, quer como condição de elle dependa. Enquanto se mantém na esphera da elaboração interna, ou, ainda que manifestada, se não faz corpo com o acto, seria, realmente, perigoso considerar a falsa causa como viciadora da declaração. Por outro lado, é, muitas vezes, do interesse do agente não denunciar a causa do acto" (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 338).

[41] Percebe-se, à simples leitura do artigo 92 do Código Civil de 1916, que não está ele a tratar da *causa*, vista esta como um dos requisitos do contrato. Em vez disso, cuida dos negócios jurídicos que têm o dolo a viciar a vontade, e não o interesse (ou seja, a causa) que, antes, teria estimulado o surgimento dessa vontade.

[42] Carvalho Santos (SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado.* Vol. II. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1985. p. 324) refere-se ao testador que lega a Pedro uma casa e declara que o faz por este o ter salvado de um incêndio, quando foi Paulo quem o salvou. Orlando Gomes (*Op. cit.* p. 335), por seu turno, parece reportar-se à causa típica, quando diz que se nota a falsa causa quando há a utilização de

verifica-se interesse que *"contraria a normas imperativas, à ordem pública e aos bons costumes"*[43], vale dizer, interesse que contraria o sentimento de justiça objetivado na sociedade.

A nosso pensamento e ainda sobre a *falsa causa*, a aplicação de tal artigo 140 do Código Civil ao direito do trabalho parece duvidosa nas hipóteses em que a causa que move o empregador é falsa. É que afeta o princípio da proteção a atribuição de nulidade a um contrato que tenha causa falsa, mas lícita, se o empregado já está a disponibilizar a sua força de trabalho. Por outro lado, pensamos seja apenas cerebrina a possibilidade de a causa falsa ser a do empregado – ou seja, o interesse que moveu o empregado – e, em prejuízo do interesse (típico) de obter renda e sustento, ser a causa determinante.

Mas, se não se vislumbra falsa causa, mas sim causa ilícita? Sucede a nulidade? O que há de novo é o preceito inserto no artigo 166, III, do Código Civil editado em 2002, que inclui entre as hipóteses de nulidade do negócio jurídico aquela em que *o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.* Trata-se, não temos dúvida, do resgate da *causa* (ou *motivo*) como um dos requisitos do contrato[44]. A norma, porém, é clara: somente a ilicitude do motivo determinante para ambas as partes acarreta a nulidade; se o motivo ilícito é determinante para uma só das partes, a parte inocente não sofre os efeitos da nulidade.

Ousamos defender que, inclusive sob a regência do Código Civil de 1916, cujos dispositivos não previam o motivo ilícito como uma das hipóteses de anulabilidade, a causa ilícita do contrato de emprego, mesmo quando não *expressa* como motivo determinante, seria fator de nulidade. Até porque a causa ilícita *desvirtua* a proteção legal e o artigo 9º da CLT estatui: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Portanto, a causa ilícita gera a nulidade do contrato. Sobre os efeitos dessa nulidade, basta observar que a relação de emprego é *concausada* – pois assiste uma causa

---

negócio jurídico para alcançar resultado que só por outro tipo de negócio jurídico pode ser atingido (exemplo: a venda, com o real intuito de doar).

[43] Cf. Orlando Gomes. *Op. cit.* p. 335. Orlando Gomes observa que há, ainda, a *ausência de causa*, quando se usa contrato para fim que não corresponde à sua função (como ocorre quando se contrato seguro – que é contrato em que se transfere o risco de um sinistro involuntário – em hipótese em que não há risco), e o *vício na causa*, nos negócio em fraude a credores e nos lesivos por desproporção entre as prestações.

[44] Irresistível é questionar, no tocante à sua estrutura lógica, a coerência interna do Código Civil de 1916, pois ao mesmo tempo em que nega à *causa* a relevância inerente aos elementos essenciais dos negócios jurídicos, estão de *causa* tratando alguns dos seus vários dispositivos que referem a *má-fé* (que é um conceito indeterminado não raro associado ao interesse ilícito) como elemento gerador de obrigação (arts. 513, 514, 546 e 547), também prevendo a invalidade dos contratos de seguro em que a causa típica (o interesse de transferir a outrem o risco de eventual sinistro) é ilícita ou inexistente (arts. 1440 e 1452). Em apoio à crítica a esse arraigado positivismo (que já dissemos derivar, ao que pensamos, de um anseio desmesurado pela completude do sistema jurídico), poderíamos redargüir que serão dificilmente anulados, sem remissão à ilicitude de sua causa, o contrato de seguro de vida de pessoa agonizante, firmado com o disfarçado interesse de sorver o dinheiro de seguradora, com a eventual leniência dos gestores desta, para tornar impenhorável o crédito a ser obtido por segurado (art. 649, IX, do CPC) que acaso se encontre em processo de insolvência; o contrato aleatório (celebrado conforme art. 1118 do Código Civil) de compra dos produtos de safra quando o real intuito é o de eliminar o comércio agrícola local. Sobre a falsa causa não expressa (o art. 90 do CC invalida somente a falsa causa *expressa*), o que dizer da doação que ocorreu para gratificar uma ação heróica em favor do doador, quando é dirigida, por equívoco, em favor de pessoa diversa da que cometeu o ato de heroísmo?

ao empregado e outra, ao empregador – e recordar o que já dissemos sobre os efeitos da nulidade contratual quando o objeto é ilícito. Assim, nada será devido ao trabalhador somente na hipótese de ter sido dele, ou de ambos, o interesse de utilizar o contrato de emprego para fim ilícito[45]. Se a causa ilícita foi a do empregador[46], nota-se que o empregado pode dela não ter ciência, ou ainda a ter, mas sem contribuir para a consumação do ato antijurídico. Na primeira hipótese, o contrato poderá ser rescindido, se o motivo ilícito se objetivar mediante ações delituosas, porém o empregado terá direito às parcelas salariais e indenizatórias pertinentes[47]; na hipótese derradeira, caber-lhe-á a contraprestação salarial, em sentido estrito.

B) O consentimento

O consentimento é o ajuste de vontades e, como vimos, a vontade é o segundo elemento do requisito formal de qualquer negócio jurídico, é o seu elemento psicológico. O estudo da vontade não se destina a investigar todas as hipóteses em que a vontade é válida, mas, como sucedeu quando examinamos os outros elementos essenciais, procuraremos identificar as situações em que a vontade é defeituosa e tal defeito torna o ato anulável[48], preservando a validade de todas as outras situações.

Poderemos constatar, sob o escólio de Orlando Gomes[49], que alguns vícios de vontade – o erro, o dolo e a coação – traduzem uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada. São os vícios *psíquicos*. Além destes, há os vícios *sociais*, quais sejam, a simulação e a fraude contra credores, que não atingem, segundo Bevilaqua[50], a vontade "na sua formação, na sua motivação, mas tornam o ato defeituoso porque configuram uma insubordinação da vontade às exigências legais no que diz respeito ao resultado querido". A esses tradicionais defeitos da vontade, o novo Código Civil acresceu o estado de perigo e a lesão, que decerto se somariam aos vícios psíquicos.

Quando recordamos o receio, que Bevilaqua disse ter, de incluir o motivo lícito do ato jurídico entre os requisitos de sua validade, percebemos que o *resultado querido*

---

[45] Pode-se imaginar, *v.g.*, o contrato de emprego firmado por pai e filho e por eles fielmente executado com o intuito, não revelado a terceiros, de assegurar a este último, mediante salário alto e diferenciado, crédito trabalhista que teria preferência em relação a outros créditos tributários ou quirografários, na iminente falência do pai-empregador (art. 449 da CLT). Percebe-se, nesse exemplo, que o motivo ilícito fora determinante para ambas as partes.

[46] Como já havia antecipado, o interesse que move o empregador é ilícito quando ele pretende utilizar o trabalho do empregado com a intenção de dar à vista uma atividade econômica aparentemente regular, mas que serve de fachada à sua prática ilícita. Relembre-se, *verbi gratia*, o proprietário de loja de utensílios domésticos que inclui entre os bens, que oferece ao comércio, as mercadorias que obtém por meio de descaminho ou contrabando; ou o titular de estabelecimento farmacêutico que disfarça, em sua drogaria, o mercado de substância entorpecente; ou ainda o titular de empresa hoteleira que a usa para a prática de rufianismo.

[47] Vale lembrar que a regra de a nulidade importar o retorno das partes ao *status quo ante* é, aqui, inaplicável, porque a restituição das partes à situação inicial é impossível, ante a inviabilidade de se restituir a prestação que coube ao empregado, qual seja, a disponibilidade de sua energia de trabalho.

[48] Diferente do ato contaminado de *nulidade*, que é declarada pelo juiz de ofício e tem efeito desde a constituição do vínculo (efeito *ex tunc*), o ato susceptível de *anulabilidade* somente pode ser anulado quando o juiz, para tanto, é provocado, surtindo efeito essa anulação a partir de quando é declarada (efeito *ex nunc*). Segundo Orlando Gomes (*Op. cit.* p. 365), há defeitos da vontade ou de sua declaração que não autorizam sua anulação, tais como a *transmissão inexata*, a *reserva mental* e a *vontade declarada por gracejo.*

[49] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* p. 365.

[50] *Apud* Orlando Gomes. *Op. cit.* p. 365.

remonta, em verdade, à causa, e, portanto, os vícios sociais (simulação e fraude contra credores) são, em última análise, a projeção de defeitos, inerentes à *causa* do negócio jurídico, na vontade e na declaração da vontade, contaminando-as.

Como quer que seja, os vícios de vontade não se confundem com a ausência da vontade, ocorrendo essa falta de vontade nos casos de falsidade – a manifestação de vontade parte de outra pessoa que não o sujeito –, violência física e incapacidade natural. Para alguns autores, referidos casos nem mesmo seriam de nulidade ou anulabilidade, mas, *de lege ferenda*, implicariam a *inexistência* do negócio jurídico.

É fácil notar, enfim, que os vícios da vontade se apresentam em conjunto, muita vez, em algumas relações de emprego. Outras vezes, um deles basta à anulabilidade ou à nulidade do contrato que constituiu o liame empregatício.

O *erro* é uma falsa representação e não se confunde com a *ignorância*, referida na mesma seção do Código Civil, como se nota em excerto da obra de Carvalho Santos, que Rodrigues Pinto[51] destaca: "A ignorância é a ausência de qualquer idéia sobre uma pessoa ou objeto, enquanto o erro é mais alguma coisa, pois é a substituição da verdadeira idéia por uma idéia falsa sobre a pessoa ou a coisa". Como prescreve o artigo 138 do novo Código Civil[52], somente o erro substancial[53] anula o ato.

Na relação de emprego, a possibilidade, embora remota, de erro poderia acontecer na falsa representação da natureza do ato (o sujeito supõe que inicia relação de trabalho autônomo), da pessoa (empregador ou empregado supõe contratar com pessoa de boa reputação social, desiludindo-se) ou da prestação de trabalho (outra qualidade ou quantidade). Como se está a cuidar de ato anulável, a sentença anulatória não surtirá efeito retroativo.

O *dolo* é o artifício ou expediente astucioso usado para induzir alguém a erro, que aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Carvalho Santos[54] observa que o outro sujeito da relação jurídica deve ser o autor do dolo ou ter dele (do dolo) conhecimento, criticando, enfim, a definição de Bevilaqua, que faz referência, descabida a seu pensamento, ao aspecto de o dolo causar, necessariamente, prejuízo. Havendo prejuízo, pode a parte inocente pedir a anulação do ato e o ressarcimento pelo dano doloso. Não havendo o dano, basta a prova do erro para a anulação do ato[55].

---

[51] PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 169.
[52] Artigo 86 do Código Civil de 1916.
[53] Segundo prevê o artigo 139 do Código Civil, o erro é substancial quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais (I); concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante (II); sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico".
[54] *Op. cit.* p. 327.
[55] Carvalho Santos (*Op. cit.* p. 328) acompanha crítica de Giorgi ao ressaltar que a ligação conceitual entre *erro* e *dolo* faz o dolo ter diminuta importância, porque "ou o erro de um contratante foi causa determinante do contrato, e será, por si mesmo, um meio de anulação, seja ou não procedente de dolo do outro; ou não foi causa determinante do ato e não dará lugar à anulação, nem como erro, nem como dolo". Mas o autor faz uma ressalva: "A verdade, porém, é que o ato pode não ser anulável por erro, como o que recai sobre qualidade acidental, e o ser por dolo".

A *coação* que vicia o consentimento é a coação moral (*vis compulsiva*), sendo ela a ameaça capaz de incutir temor. A ameaça de dispensa sem justa causa é, por exemplo, uma coação moral – ou, mais especificamente, uma coação econômica – a que está sujeito, não raro, o empregado. A ordem jurídica nega efeito aos atos coativos, a ponto de o artigo 468 da CLT declarar nula[56] a alteração contratual que for prejudicial ao empregado, mesmo contando com a declaração de vontade deste. Além disso, o poder constituinte reservou à vontade coletiva – que é, a princípio, imune à coação econômica – o poder exclusivo de ajustar compensação de jornada, redução salarial e prorrogação de turnos ininterruptos de revezamento.

Como já se pôde verificar, a coação física (*vis absoluta*) implica a ausência da vontade e, por conseguinte, a inexistência do negócio jurídico. Ainda assim, não se há negar ao trabalhador que prestou serviço em regime de escravidão todas as prestações trabalhistas devidas aos trabalhadores livres, sendo vedado ao tomador dos serviços invocar a própria torpeza, por óbvio.

A *simulação* é a declaração ilusória da vontade, com o fito de enganar a terceiro e alcançar fim contrário à lei. Pode ser *absoluta,* quando o ato simulado não disfarçar ato algum, a exemplo do que sucede com a relação de emprego inexistente, que é reduzido a termo em instrumento contratual e anotado em CTPS do suposto empregado com o objetivo fraudulento de simular tempo de serviço para efeito previdenciário ou, ainda, visando disfarçar crédito trabalhista que obterá preferência em processo falimentar. Quando a simulação é *relativa*, ao ato simulado (um contrato de locação de veículo, *verbi gratia*) se contrapõe um ato dissimulado (um contrato de emprego com o dono do veículo), a atrair a incidência do princípio da primazia da realidade.

É bom notar, com base no artigo 167 do novo Código Civil[57], que a simulação não incide apenas sobre a natureza do vínculo (locação *versus* emprego, por exemplo), sendo simulado qualquer ato que aparentar conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas a quem realmente conferem ou transmitem (inciso I), ou o ato jurídico que contiver declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (inciso II) ou, por último, quando o instrumento contratual, em sendo o ato bilateral, for antedatado ou pós-datado (inciso III).

Diversamente do que acontece nas hipóteses de vícios psíquicos (erro, dolo e coação), essa diferença entre a vontade real e a vontade declarada é, na simulação, proposital. Em verdade, na simulação relativa a vontade declarada não é real porque o interesse que precedeu a vontade era o de obter uma prestação típica de outro contrato, o que equivale a dizer que a simulação relativa é um vício de causa, como observa Orlando Gomes[58]:

> A simulação distingue-se dos vícios do consentimento porque a divergência entre o que querem as partes e o que declaram é produzida deliberadamente. Trata-se de vício de causa. O contrato aparente chama-se contrato simulado; o outro, contrato dissimulado.

[56] Não apenas anulável, como podemos notar ao estudo da prescrição trabalhista.
[57] Artigo 102 do Código Civil de 1916.
[58] *Op. cit.* p. 375.

O Código Civil editado em 2002, no artigo 167, inovou ao cominar a nulidade (não mais a anulabilidade, que depende de provocação da parte e não surte efeitos retroativos) dos atos simulados e, traduzindo para a seara cível o princípio da primazia da realidade, tão caro entre os juslaboralistas, o citado dispositivo prescreve, ainda quanto ao negócio jurídico simulado, que "subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma".

Sobre a ***fraude***, diz-se que tal se apresenta quando se faz uso da norma jurídica com fim diverso daquele que a inspirou. Exemplo: quando o proprietário de meios de produção forja uma falsa cooperativa de mão-de-obra, com a finalidade de dissimular relações de emprego, tentando eximir-se de obrigações trabalhistas com o suporte do artigo 442, parágrafo único, da CLT, incorre em fraude à lei[59] e atrai, contra si, a regra do artigo nono da CLT, que impõe a nulidade[60] do ato fraudulento.

Incluem-se entre os vícios de consentimento enumerados no artigo 171, II, do novo Código Civil, o ***estado de perigo*** e a ***lesão***. O estado de perigo se configura nos casos em que alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (artigo 156). A lesão ocorre quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (artigo 157). Por ora, seria apenas cerebrina a tentativa de se antecipar à experiência, indicando situações trabalhistas que atraíssem a incidência desses novos dispositivos.

C) A forma escrita ou a exigência de solenidade

Quanto ao elemento físico (declaração de vontade), basta lembrar a influência, entre nós, da teoria do contrato-realidade, que propõe o aperfeiçoamento do contrato de emprego a partir do início da prestação de trabalho – no direito do trabalho vigente no Brasil, diz-se suficiente a disponibilidade da energia de trabalho para a constituição do vínculo empregatício[61] – e, assim, percebe-se a importância relativa do momento em que se exterioriza o ajuste de vontades, ou seja, o consentimento. Mesmo nas raras hipóteses em que há exigência de uma forma especial – a exemplo do que sucede aos atletas profissionais e aos marítimos –, a inobservância da forma escrita acarreta a rescisão do contrato, mas sem prejuízo do salário relativo ao tempo disponibilizado pelo trabalhador, dada a impossibilidade de a ele se restituir a força de trabalho despendida.

Uma forma especial é exigida nos casos de emprego público, qual seja, o concurso público, exigido pelo artigo 37, II, da Constituição. Para atender aos pressupostos da moralidade e impessoalidade dos atos administrativos, é certo que será nulo o contrato de emprego firmado entre a Administração e o trabalhador que não for precedido pela

---

[59] Além da fraude à lei, Rodrigues Pinto (*Op. cit.* p. 171) lembra que pode haver, também, a *fraude contra credores*, que é a diminuição maliciosa do patrimônio com o objetivo de prejudicar credores, sendo necessário que o credor lesado ajuíze a *ação pauliana* para anular a alienação fraudulenta; e a *fraude à execução*, que é alienação ou oneração de bens quando sobre eles pende ação fundada em direito real ou corre contra o devedor ação judicial que o faria insolvente (art. 593 do CPC), não necessitando o credor de ajuizar ação autônoma para o juiz declarar, no tocante a ele (ao credor), ineficaz o ato de alienação ou oneração do bem.

[60] Consoante reza o art. 147, II, do Código Civil, a fraude, em direito civil, acarreta a *anulabilidade* do ato. O art. 9º da CLT comina sanção mais forte, que é a *nulidade*.

[61] *Vide* artigos 4º e 442 da CLT.

aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos[62]. O §2º do mesmo artigo 37 impõe a nulidade do contrato de emprego público não antecedido de concurso e o Tribunal Superior do Trabalho recomenda, através da Súmula 363 de sua jurisprudência:

> A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e §2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.

Em sendo exigida a forma escrita para alguma cláusula do contrato em especial ou em atenção a um ato específico da relação de trabalho, a exemplo do que ocorre com a compensação de jornadas, prorrogação de turnos ininterruptos de revezamento e redução salarial, que só por convenção ou acordo coletivo de trabalho podem ser ajustadas[63], ou com o pedido de demissão e recebimento de verbas da dissolução do contrato para o empregado com mais de um ano de emprego, cuja validade está condicionada à assistência do sindicato da categoria profissional ou do Ministério do Trabalho[64], a inobservância da forma escrita ou solenidade acarreta, invariavelmente, a nulidade parcial, ou seja, tornará sem efeito o ato em particular, e não todo o contrato.

14.3 Elementos acidentais do contrato de emprego

Há elementos do contrato que não lhe habitam a essência, pois que deles pode prescindir o vínculo de emprego. Estando presentes, influem na eficácia do negócio jurídico no tempo[65], sendo eles, ao que nos interessa, a *condição* e o *termo.* A condição é o fato futuro e incerto, de que depende a constituição – *condição suspensiva* – ou a dissolução – *condição resolutiva* – do negócio jurídico. O termo é fato futuro e certo, podendo também se apresentar como *termo inicial* ou *termo final.*

Extrai-se do artigo 443, §1º, da CLT, que o termo pode ser *certo* ou *incerto*, conforme se puder precisar, ou não, o exato dia de seu advento. O citado dispositivo da CLT enuncia que se considera "como de prazo determinado[66] 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". O termo prefixado é o termo certo (*dies certus an et quando*) e o termo final é incerto (*dies certus an et incertus*

---

[62] Conforme diz o art. 37, II, da Constituição, "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". O §2º do mesmo artigo 37 comina a nulidade do contrato que não observar tal exigência. Mas cabe ressaltar que essa exigência é imposta para a admissão em cargo ou emprego, não o sendo no tocante às *funções* de confiança ou exercidas pelos contratados "por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público" (art. 37, IX).

[63] *Vide* artigo 7º, XIII e XIV, da Constituição.

[64] *Vide* artigo 477, §1º, da CLT.

[65] No capítulo intitulado "Das Modalidades dos Atos Jurídicos", o Código Civil disciplina, a partir do art. 128, um terceiro elemento acidental, que é o *modo* ou *encargo*. O encargo não interfere nos efeitos do negócio jurídico, mas acrescenta-lhe outros. Normalmente, apresenta-se em doações ou cláusulas testamentárias, quando ao credor é imposta uma determinação acessória, que para alguns autores é uma contraprestação. Os civilistas que sustentam tratar-se de determinação acessória, que não se integra à estrutura do ato, defendem que o encargo somente pode estar presente em negócios jurídicos gratuitos.

[66] *Rectius:* tempo determinado. Afinal, todo *prazo* é determinado; se há indeterminação, não há prazo.

quando) sempre que a extinção do contrato está vinculada à conclusão de um serviço ou a um acontecimento de previsão aproximada, como o término da safra.

Releva notar que não há previsão legal de termo inicial ou condição suspensiva, no direito do trabalho. Rodrigues Pinto[67] observa, a propósito, que se celebra o contrato de emprego "no momento em que se faz necessária a utilização da força de trabalho do empregado, daí a inviabilidade de sujeitar-se o início dessa utilização a acontecimento futuro, certo ou incerto". Coerente com essa linha de raciocínio, remata o mesmo autor que a frustração de uma dessas duas modalidades (*termo inicial* ou *condição suspensiva*) importará efeitos meramente civis "pois a índole de contrato-realidade do ajuste individual de emprego prende seus efeitos à sua execução e não poderá ocasionar conseqüências jurídico-trabalhistas, se essa nem sequer se iniciou".

Ao analisarmos a classificação dos contratos de trabalho quanto à duração, voltaremos ao tema, para esclarecer em que hipóteses são tolerados o termo final e a condição resolutiva.

[67] PINTO, Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* p. 173.

15

CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 15.1 Classificação quanto aos sujeitos. 15.2 Classificação dos contratos de emprego quanto à duração. 15.2.1 O termo final em norma geral. 15.2.2 O termo final em norma especial. 15.2.3 Contrato de trabalho sob condição resolutiva. 15.2.4 Peculiaridades dos contratos a termo. Duração máxima. Recondução tácita. Suspensão contratual. Ruptura antecipada. Aquisição de estabilidade. Sucessão de contratos com termo certo.

Os contratos de trabalho podem sujeitar-se a duas classificações, dentre várias. Com maior apelo prático, optamos por classificá-los quanto aos *sujeitos* e no tocante à *duração*. Ao estudarmos a classificação acerca da duração do contrato, ganharão especial ênfase as regras atinentes aos *contratos por tempo determinado*, o que por si só justificaria uma atenção maior ao conteúdo deste tópico do direito do trabalho.

15.1 Classificação quanto aos sujeitos

A propósito dos seus sujeitos, ou do número destes, classificam-se os contratos em *singulares* ou *plúrimos*[2], conforme se apresente um só empregado e um empregador ou haja pluralidade de algum deles. O contrato singular é o mais comum, figurando um sujeito – empregado ou empregador – em cada pólo da relação laboral. Já o contrato plúrimo o é em virtude da pluralidade de empregados ou de empregadores, ou de ambos.

A pluralidade de empregados acontece no *contrato de equipe*, sendo assim chamado o contrato por meio do qual o representante de um grupo de trabalhadores (o chefe da equipe) ajusta o labor destes, com vistas à realização de um serviço ou obra que dependa do esforço conjugado de todos os componentes desse grupo.

Revela-se o contrato de equipe, *exempli gratia*, se um conjunto musical presta trabalho em um restaurante ou casa de shows, caracterizando-se o labor subordinado, pessoal, oneroso e não-eventual de cada um dos músicos, mas sendo as condições de trabalho de todos eles ajustadas pelo chefe da equipe, que inclusive intermedeia as ordens de serviço emanadas do empregador. Também se configura o contrato de equipe nos casos em que um mestre-de-obra ou trabalhador qualificado forma um grupo de pedreiros, carpinteiros, serventes etc., e agencia obras para laborarem em conjunto, desde que se apresentem os requisitos da prestação de emprego, exigidos pelo artigo terceiro da CLT.

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Evitamos, aqui, usar as expressões *contrato individual* e *contrato coletivo*, tanto porque a expressão *contrato coletivo* foi, e por vezes ainda é, compreendida como o gênero que corresponde às espécies convenção e acordo coletivo de trabalho, quanto porque os contratos plúrimos se distinguem dessas normas coletivas de trabalho, como adiante se exporá.

O importante é notar que essa intermediação por um empregado mais capacitado ou arguto não desfigura o vínculo de emprego, sendo definitiva a observação de Délio Maranhão[3]:

> [...] O contrato de equipe se resolve num feixe de contratos individuais. O 'grupo' não possui personalidade jurídica e existe, menos em função do contrato, do que da obtenção do resultado pretendido, que exige um esforço comum de vários empregados: cada um deles, assim, realiza a sua prestação, por força de um contrato autônomo. Pressupondo o contrato de equipe a organização espontânea do grupo, que se propõe, como tal, prestar um trabalho comum, não há confundir esse contrato com a hipótese em que o empregador atribui um trabalho comum a seus empregados.

A pluralidade de empregadores ocorre, por sua vez, quando, em uma sociedade de fato, que reúne médicos ou odontólogos em uma clínica, ou congrega advogados em um escritório, todos estes ou aqueles contratam e utilizam a prestação de trabalho de um secretário ou contínuo. Dá-se o mesmo se os moradores de uma rua contratam a guarda de um vigilante e o mantêm sob sua direção comum, ou, ainda, se em uma república de estudantes os seus alojados usam a força de trabalho de um ou vários empregados domésticos, assalariando-os e os dirigindo. Outros exemplos são possíveis, restando notar que, para os intérpretes do direito que não vislumbram a previsão de solidariedade ativa no artigo 2º, §2º, da CLT, a pluralidade de empregadores se esboçará nas hipóteses em que o trabalhador presta serviço, em jornada única, a duas ou mais sociedades empresariais de um grupo econômico.

Interessante é observar, enfim, que em todos esses casos de pluralidade de empregadores o vínculo de emprego pode ser um só, não se multiplicando as obrigações e os direitos do trabalhador na proporção do número de empregadores. Cumprirá o empregado uma só jornada para servir a todos os empregadores e destes receberá um único salário, eventualmente o salário mínimo.

15.2 Classificação dos contratos de emprego quanto à duração

O contrato de emprego, quanto à duração, classifica-se como contrato *por tempo determinado* ou contrato *por tempo indeterminado*. Por sua vez, os contratos por tempo determinado se subdividem em contrato *a termo* e contrato *sob condição resolutiva*. O princípio da continuidade repercute nas características do contrato de emprego, fazendo prevalecer o contrato por tempo indeterminado, ou seja, o contrato sem condição ou termo final, com a mesma pretensão à continuidade que caracteriza a empresa.

Isso não obstante, nota Ruprecht[4] que alguns ordenamentos jurídicos admitem o contrato a termo, que "se expandiu primeiro nos países em desenvolvimento, quando seu aparecimento foi recebido pelos economistas como uma reação salutar da sociedade civil ao que chamavam uma excessiva sobrecarga de benefícios sociais; mais tarde atingiu dimensões consideráveis na Espanha, na França, Grã-Bretanha, Itália e em outros países industrializados, e hoje é classificado por alguns trabalhistas como um câncer que ameaça a própria existência das relações de trabalho".

---

[3] MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. 1. p. 258.

[4] RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995. p. 59.

Se não houver cláusula fixando condição ou prazo para a relação de emprego se extinguir, entende-se, portanto, que se estará a cuidar de contrato por tempo indeterminado. Se existir cláusula alusiva a prazo ou condição, terá ela que se enquadrar em uma das situações, descritas em lei, que autorizam a estipulação de uma condição resolutiva ou termo final. Falta dizer em que situações pode haver previsão de termo ou condição.

Quanto ao termo final, podemos observar que o direito do trabalho o autoriza, no Brasil, para relações de emprego protagonizadas por empregados de certas categorias, mas há, com maior abrangência, preceitos de lei que permitem, em situações que enumeram, a estipulação de prazo para a vigência de contratos em geral, vale dizer, para a duração de contrato firmado por empregado de qualquer categoria. Trataremos, inicialmente, da norma geral.

15.2.1 O termo final em norma geral

Frisamos que o artigo 443, §1º, da CLT não cria restrições ao contrato por tempo determinado, mas apenas explicita em que situações se apresenta o termo *certo* ou *incerto*, num contrato de emprego qualquer. A contratação de emprego somente poderá ser por tempo determinado quando o instrumento contratual contiver, em uma de suas cláusulas, a justificativa para a fixação de um termo final. Essa justificativa deverá cingir-se a uma das cinco hipóteses legais, mencionadas em seguida.

Aplicando-se a todas as categorias de empregados, a ordem trabalhista tolera o contrato a termo, pois, em cinco hipóteses: a) transitoriedade do serviço (art. 443, §2º, a, da CLT); b) transitoriedade da atividade econômica (art. 443, §2º, b, da CLT); c) experiência (art. 443, §2º, c, da CLT); d) autorização em norma coletiva (art. 1º da Lei 9601/98); e) aprendizes (art. 428, §3º, da CLT).

A primeira possibilidade de contrato a termo é aquela que se dá quando o serviço do empregado tem natureza ou transitoriedade que justifica a predeterminação de prazo. É o que sucede, *exempli gratia*, quando empregados são contratados para a elaboração e execução de um projeto de informatização da linha de montagem de uma indústria qualquer, ou, ainda, para a edificação de uma nova sala de trabalho em uma fábrica ou loja comercial. E se o legislador se refere não apenas à transitoriedade do serviço, mas também ao serviço cuja *natureza* justifica a estipulação de prazo, entendemos possa ser incluída, entre os exemplos possíveis, a contratação a termo para serviços intermitentes, como aqueles que se realizam em estações de veraneio somente nos períodos de estiagem.

A segunda hipótese legal de contrato a prazo é concernente à transitoriedade da atividade econômica exercida pelo empregador, dizendo Valentin Carrion[5] que disso seria exemplo a contratação de intérpretes para a realização de uma feira internacional por entidade criada para esse fim exclusivo. Podemos, em adendo, lembrar os empregados contratados para laborar nas pequenas lojas que se abrem para a venda temporária de cartões de Natal, a cada final de ano, ou mesmo para laborar nas barracas de fogos de artifício, que se instalam no nordeste brasileiro ao tempo dos festejos juninos.

A terceira hipótese é a do contrato de experiência, que, a bem dizer, trata de uma cláusula contratual (a *experiência* não é o objeto do contrato como um todo, sendo

[5] CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 271.

uma cláusula autônoma em relação a outras cláusulas, que versam sobre outras condições de trabalho). Sobremais, a cláusula de experiência encerra uma condição resolutiva[6], cuja verificação deve se realizar no prazo máximo de noventa dias. Logo, o termo final de que se pode cogitar é relativo ao prazo de verificação da experiência, ou seja, ao período em que a *condição* ajustada pode dar ensejo à dissolução do contrato[7].

A quarta hipótese de contrato a termo é aquela em que o aprazamento está previamente autorizado em acordo ou convenção coletiva de trabalho, dada a permissão contida na Lei 9601, de 21 de janeiro de 1998. Sob o argumento de essa norma proporcionar uma significativa elevação dos níveis de emprego, os dispositivos da citada lei trouxeram vantagens trabalhistas e tributárias para os empregadores que, com base nela, contratassem por tempo determinado. O vício de inconstitucionalidade, que supostamente emerge desse tratamento desigual – endereçado a trabalhadores que estariam a exercer as mesmas funções – divide os laboralistas entre os que defendem a validade da norma e os que a têm como inconstitucional[8]. Esvazia-se, todavia, o interesse por essa discussão, na medida em que os sindicatos não têm ajustado, mediante acordo ou convenção coletiva, a autorização para a contratação a termo.

A quinta hipótese de contrato a termo é concernente ao contrato de aprendizagem, valendo adiantar que a contratação de aprendizes pode ser facultativa ou obrigatória, como se extrai do artigo 429 da CLT. Sendo um "contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica" (art. 428), importa rematar que o contrato de tal natureza não poderá ser estipulado por mais de dois anos (art. 428, §3º, da CLT). Desde a vigência da Lei 10.097, de 19 de dezembro de 2000, a validade do contrato de aprendizagem pressupõe a sua anotação na CTPS do empregado (art. 428, §1º), mas a inobservância dessa exigência formal não fará nulo o contrato, pois somente invalidará a cláusula de aprendizagem.

Para os intérpretes ou agentes do direito laboral que concebem o trabalhador temporário como um empregado, pode-se mencionar, na conta de uma sexta possibilidade de ajuste a termo, o contrato entre ele e a empresa de trabalho temporário, conforme já analisamos ao cuidar da distinção entre trabalhadores temporários e eventuais, no capítulo concernente ao estudo do empregado. Não há contrato de emprego a termo, todavia, quando as instituições federais de ensino somam aos seus quadros docentes, com suporte na Lei 8745/92, os professores substitutos e visitantes. Exercem estes *função* pública remunerada, e não *emprego*, consoante enfatizamos ao tratar do empregado público.

15.2.2 O termo final em norma especial

---

[6] Cf. ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. O contrato de experiência. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993. p. 460.

[7] Nélio Reis (*apud* Márcio Túlio Viana, *Op. cit.* p. 255) defende a possibilidade de o empregador submeter a promoção do empregado a período de experiência, que seria de no máximo um ano (art. 478, §1º, CLT) e desde que expresso o caráter transitório da promoção. Viana sustenta que esse período de experiência deve ser o de noventa dias (art. 445, parágrafo único, da CLT).

[8] *Vide* artigos de Arnaldo Süssekind (Revista LTr 62-04/443) e Arion Sayão Romita (Revista LTr 62-04/449), respectivamente contra e a favor da eficácia da Lei 9601/98.

Em favor de algumas categorias de trabalhadores, vigora norma especial que autoriza a contratação a termo. Assim se dá, por exemplo, com o empregado rural, o atleta profissional, o trabalhador da construção civil, o marítimo e o técnico estrangeiro.

A inovação no texto da Lei 5.889/73, que rege o trabalho rural, é recente e permite a contratação de empregado rural por até dois anos, a cada período de um ano (art. 14-A), pelo produtor rural que se apresente como pessoa física. A lei diz autorizar, assim, o contrato por pequeno prazo para o exercício de atividade de natureza temporária, convertendo-se em contrato por tempo indeterminado aquele que não observar os limites mencionados.

Inusitadamente, e a pretexto de facilitar o acesso do campesino ao mundo da formalidade, os novos dispositivos trazidos com o art. 14-A da Lei 5.889/73 dispensam a anotação desse contrato por pequeno prazo na CTPS do trabalhador, bastando a inserção de seu nome na guia de recolhimento da contribuição previdenciária e, se para tanto houver prévia autorização em convenção ou acordo coletivo, a subscrição de contrato escrito de trabalho. A experiência dirá se a medida includente e desburocratizante alcancará seu objetivo ou se transmudará em um mero incentivo à precariedade do emprego rural.

Quanto ao atleta profissional, o seu contrato de emprego deve ser a prazo, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos, conforme artigo 30 da Lei 9615/98.

Também se faculta ao construtor contratar por *obra certa*, com base na Lei 2959/56, sendo a autorização legal, nesse sentido, estendida até mesmo em favor de empregadores que não exerçam a atividade de construção transitoriamente. Isso fez com que se cogitasse da ab-rogação de citada lei pelo Decreto-lei 229/67, que acrescentou o §2º, já estudado, ao artigo 443 da CLT. Mas o Tribunal Superior do Trabalho firmou posição pela sobrevigência do contrato por obra certa, fundado no referido decreto-lei[9], oscilando a jurisprudência apenas no que toca à sua compatibilidade com o contrato de experiência[10].

À sua vez, referem-se Gomes e Gottschalk[11] aos *marítimos*, para explicar que os empregados-tripulantes podem ser contratados pelos empregadores-armadores sob as seguintes modalidades de contrato: a) por viagem redonda (de ida e volta ao porto inicial); b) por viagem; c) por prazo determinado; d) por mês; e) por parte ou quinhão no frete. Não custa reproduzir, porém, a pertinente observação dos citados autores[12]:

> A particularidade do trabalho marítimo, que se desenvolve a bordo, em ambiente fechado e de área limitada, enseja problema de difícil solução em face da aplicação da lei trabalhista. O aviso prévio, as férias, o repouso e duração do trabalho são algumas das regras do direito comum dos trabalhadores subordinados, que hão de se conformar e se adequar a essas particularidades. Vencido o prazo do contrato, dá-se [...] a recondução tácita. Passa a ser por prazo indeterminado, seguindo, em tudo, a legislação específica do contrato de trabalho comum. Para a despedida do marítimo sem justa causa, impõe-se o aviso prévio.

---

[9] Neste sentido: TST, 2ª T., Rel. Min. Vantuil Abdala, Ac. 3444/95, Proc. 0121089/94, DJ 29.9.95, p. 32202; ou ainda: TST, 3ª T., Rel. Min. Expedito Amorim, Ac. 1068/91, Proc. 2008/80, DJ 12.6.81.

[10] Pela compatibilidade: TST, 3ª T., Rel. Min. Coqueijo Costa, Ac. 3965/84, Proc. 1943/83, DJ 7.12.84. Entendendo ser fraudulento e, por isso, inválida a cláusula de experiência no contrato por obra certa: TST, 1ª T., Rel. Min. João Wagner, Ac. 3207/83, Proc. 3738/82, DJ 16.12.83.

[11] *Op. cit.* p. 445.

[12] *Op. cit.* p. 446.

> No caso da ruptura, busca ou rescisão imotivada, há de ser, do mesmo modo, desligado de suas funções. Estando a bordo, em viagem, a solução única é o desembarque no primeiro porto de escala.

A propósito do *técnico estrangeiro*, anota Valentin Carrion[13] que pode ele, quando residente no exterior, ser admitido para trabalhos especializados no Brasil, em caráter provisório, com salário em moeda estrangeira. De fato, o artigo 1º do Decreto-lei 691/69 impõe seja o contrato desses técnicos estrangeiros celebrado por tempo determinado e prorrogável sempre a termo certo, vedando-lhes o direito à prorrogação por tempo indeterminado e à sucessão de contratos a prazo.

15.2.3 Contrato de trabalho sob condição resolutiva

Ao cuidarmos da cláusula de experiência, ressaltamos que a cessação do período de prova está subordinada à verificação de uma condição resolutiva, pois é incerto o êxito da avaliação a que se submetem, nesse período de prova, o empregado e, ao menos no nível teórico, também o empregador. Apenas pela circunstância de o implemento dessa condição não surtir efeito após o período de experiência, estabelecido em contrato (observado o máximo de noventa dias), é que, no presente esquema, incluímos a cláusula de experiência no rol dos contratos a termo.

Outro caso em que o contrato se sujeita a condição resolutiva está disciplinado pelo artigo 475, §2º, da CLT, que permite ao empregador rescindir (*rectius:* ter por resolvido) o contrato que firmou com o substituto do empregado afastado por invalidez, quando a aposentadoria desse empregado substituído for cancelada em razão de ele recuperar a sua capacidade laborativa[14]. Mas o citado dispositivo da CLT é explícito ao exigir que o empregado substituto tenha ciência inequívoca, ao ser contratado, da interinidade do vínculo. É o mesmo que dizer: a condição resolutiva sob comento deve ser expressa.

15.2.4 Peculiaridades dos contratos a termo. Duração máxima. Recondução tácita. Suspensão contratual. Ruptura antecipada. Aquisição de estabilidade. Sucessão de contratos com termo certo

Sobre os contratos a termo certo ou incerto, celebrados em consonância com os artigos 443 e seguintes da CLT, há, ainda, seis importantes características:

1ª – A duração máxima do contrato a prazo será de noventa dias, se de experiência, ou de dois anos, nos demais casos de termo certo ou incerto (art. 445 da CLT). É possível uma prorrogação, tácita ou expressa, contanto que o contrato original e sua prorrogação não excedam mencionados limites (art. 451 da CLT). Cuidando-se de termo incerto, não deve o dia correspondente ser previamente indicado, pois o erro de estimativa poderá desnaturar o contrato.

2ª – A prestação de trabalho após o advento do termo final implicará a *recondução tácita* à sua condição natural de contrato por tempo indeterminado. Assim também sucederá quando a fixação de termo final não tiver justificativa que se enquadre em uma das hipóteses previstas em

---

[13] *Op. cit.* p. 271.
[14] Os arts. 46 e 47 da Lei 8213/91 tratam do cancelamento da aposentadoria por invalidez.

lei (art. 443, §2º), for ajustado um prazo superior ao que a lei autoriza ou houver mais de uma prorrogação do contrato a prazo.

3ª – O tempo de suspensão do contrato, ocorrida em razão de afastamento do empregado permitido por lei (doença, enfermidade, serviço militar etc.), é computado como se estivesse o empregado a cumprir a sua prestação laboral, salvo se as partes ajustarem o contrário (art. 472, §2º, da CLT, *a contrario sensu*).

4ª – A *ruptura antecipada* do contrato a termo, pelo empregador, obriga-o a pagar a metade da remuneração que o empregado venceria até o termo final, a título de indenização (art. 479 da CLT). Se a iniciativa de romper antecipadamente o contrato for do empregado, deverá ele indenizar o empregador, mas o valor dessa indenização não está preestabelecido em lei, pois o artigo 480, §1º, da CLT prevê, apenas, que essa indenização, devida pelo empregado, não poderá exceder aquela que seria devida pelo empregador, se houvesse este promovido a ruptura antecipada do contrato. Uma importante observação: a existência, no contrato, de *cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão* faz indevida a indenização por ruptura antecipada, conforme preceitua o artigo 481 da CLT[15].

5ª – A aquisição de estabilidade provisória (em razão de gravidez confirmada, direção sindical, representação dos empregados na CIPA, acidente de trabalho[16] etc.) não converte, regra geral, o contrato a termo em contrato por tempo indeterminado (apesar de alguma divergência jurisprudencial no âmbito do TST[17]). Conforme já está previsto em lei para os casos de contratação a prazo regidos por norma coletiva (Lei 9601/98, art. 1º, §4º), a estabilidade estará assegurada até o termo final, não podendo o empregador, nesse caso, promover a ruptura antecipada mediante o pagamento da indenização do artigo 479 da CLT. Se o fizer, o empregado poderá exigir a reintegração no emprego até o termo final.

6ª – Os contratos com termo certo não podem ser sucessivos, devendo haver um intervalo mínimo de seis meses entre eles, sob pena de o contrato consecutivo sofrer recondução tácita, transformando-se então em contrato por tempo indeterminado. Ao assim estatuir, o artigo 452 da CLT exclui de sua incidência os contratos com termo incerto (cuja expiração

---

[15] A rigor, a *cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão* tornará devidos o aviso prévio e a indenização de valor equivalente a 40% do saldo do FGTS.

[16] Como se pode extrair da nota seguinte, há julgados do TST em que se assegura a estabilidade decorrente de acidente de trabalho a empregados que seriam sujeitos de contrato de experiência, abrindo uma interessante exceção à regra de que os contratos a termo não poderiam ser convertidos em contrato sem prazo.

[17] *Vide* Súmula 244, III, do TST, sobre a gestante. Não obstante alguma resistência no âmbito do próprio TST, há decisões proferidas por turmas daquele Tribunal que asseguram o direito à estabilidade acidentária nos casos em que há contrato de experiência – que seria, por natureza, vocacionado à continuidade na hipótese de ser bem sucedido o período de prova – e o empregado sofre acidente de trabalho, subsumindo-se na garantia do art. 118 da Lei 8.213/91. Como precedente nesse sentido podem ser citados: TST, 1ª Turma, RR-1762-2003-027-12-00, Rel. Min. Lélio Bentes, DJ 04/04/2008; TST, 3ª. Turma, RR-1110-2007-019-12-00, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. em 13/05/2009, DJ 05/06/2009.

dependeria da execução de serviço especificado ou da realização de certo acontecimento), deixando pouca margem à sua própria aplicação. A jurisprudência e a doutrina trabalhista mostram-se tolerantes à celebração sucessiva de contratos de experiência quando estes têm por objeto o exercício de funções distintas.

Atualizado em julho de 2010

16

CONTEÚDO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 16.1 A semântica da teoria dos contratos – distinção entre *conteúdo* e *objeto mediato.* 16.2 O conteúdo do contrato de emprego.

16.1 A semântica da teoria dos contratos – distinção entre *conteúdo* e *objeto mediato*

O *conteúdo* do contrato corresponde ao seu *objeto imediato*, vale dizer, ao conjunto de prestações que por meio desse contrato se tornam exigíveis. Há contratos, porém, nos quais se revela um *objeto mediato*, ou seja, uma coisa sobre a qual recai a prestação, o que é fácil perceber em se tratando, por exemplo, dos chamados *contratos reais* (mútuo, comodato, depósito). No contrato de mútuo (empréstimo de coisa fungível), o seu conteúdo (objeto imediato) é formado pela prestação de restituir coisa de igual gênero, qualidade e quantidade, enquanto o seu objeto (mediato) é a coisa fungível que se empresta[2]. Referindo-se aos contratos reais, explica Sílvio Venosa[3]:

> A prestação, ou seja, a atividade culminada pelo devedor, constitui-se no objeto imediato. O bem material que se insere na prestação constitui-se no objeto mediato. Trata-se de objeto material da obrigação em sentido estrito.

Aliás, uma só coisa pode ser objeto de vários contratos, dado que sua entrega ou tradição pode ser ajustada de diversas maneiras, mediante contrapartidas diferentes. Quando o contrato é consensual (não é *real*, pois não se exige a entrega de coisa para que ele se aperfeiçoe), o seu conteúdo coincide com o seu objeto imediato, ou seja, com as prestações exigíveis[4].

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] Em edições anteriores deste livro, preferimos adotar a distinção entre conteúdo e objeto do contrato a partir da acepção deste (do objeto) apenas como o que agora denominamos objeto mediato, ou seja, a coisa sobre a qual recai a prestação (objeto imediato). O conteúdo seria, assim, o conjunto de prestações. A necessidade de interagir mais intensamente com as disciplinas da grade acadêmica de direito civil nos convenceu à adoção dessa sistematização mais minudente, ao menos para que assim não se confundam os acadêmicos de Direito.

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

[4] Cf. Sílvio Venosa, *op. cit.*, p. 13: "O objeto da relação obrigacional é a prestação que, em sentido amplo, constitui-se numa atividade, numa conduta do devedor. Nesse diapasão, importa não confundir a prestação, ou seja, a atividade do devedor em prol do credor, que se constitui no *objeto imediato* da obrigação. Em um contrato de mandato, por exemplo, o objeto imediato da prestação é a execução de serviços, atos ou atividades do mandatário em nome do mandante. Há, outrossim, um *objeto mediato* na prestação, que é nada mais nada menos que o objeto material ou imaterial sobre o qual incide a prestação. No contrato de mandato, no exemplo apresentado, o objeto mediato da prestação são os próprios serviços ou a própria atividade material desempenhada pelo mandatário, como a assinatura de uma escritura, a quitação dada etc." Sem embargo, dissentimos do autor somente quanto à alusão ao objeto imediato como objeto da *prestação*, pois seguimos a orientação de Orlando Gomes, citado pelo próprio Venosa (p. 14),

16.2 O conteúdo do contrato de emprego

As prestações fundamentais da relação de emprego, que integram o seu conteúdo, são a disponibilização da energia do trabalho, no tocante ao empregado, e o pagamento de salário, quanto ao empregador. O trabalho em si mesmo e o salário, desgarrando-se da exigência de que sejam prestados, seriam objetos mediatos do contrato de emprego.

Há prestações secundárias que também compõem o conteúdo do vínculo laboral. José Augusto Rodrigues Pinto[5] enumera, como prestações complementares do empregador, o fornecimento de meio para execução do trabalho, a urbanidade de tratamento, a preservação de bom ambiente do trabalho, o cumprimento do contrato e da legislação trabalhista, o exercício equilibrado do poder disciplinar. Como prestações complementares do empregado, a diligência, a obediência, a assiduidade e a pontualidade, a fidelidade, a urbanidade e boa conduta.

O mesmo autor correlaciona o quadro taxativo das justas causas imputáveis ao empregado (CLT, art. 482) e ao empregador (CLT, art. 483) ao conteúdo da relação laboral, para advertir que "a indisciplina e a insubordinação constituem a negatividade da obediência [...]. Do mesmo modo, o rigor excessivo de tratamento é a negatividade da moderação do poder diretivo". Parece-nos sobremodo interessante perceber que as justas causas se apresentam, portanto e *a contrario sensu*, como prestações trabalhistas.

Quando o artigo 483, e, da CLT estatui a lesão à honra do empregado como uma causa motivadora da resolução contratual, a ordem normativa está a incluir o respeito à reputação do empregado como uma das prestações devidas pelo empregador. Assim, a conduta infringente desse dever legal é de natureza trabalhista, pois importa a violação de cláusula integrante do conteúdo do contrato de emprego. Um delito de tal modalidade, cometido pelo empregador, não terá os seus efeitos civis definidos apenas pela justiça penal ou pelo juízo cível, pois caberá à justiça do trabalho decidir, em se tratando de dano extrapatrimonial, se o empregado é titular de direito a reparação por dano moral[6].

Importa notar que a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho, para dirimir conflitos relativos a danos morais, foi resolvida, inicialmente, com base em fundamento outro, como se estivéssemos a cuidar de direito não relacionado com a obrigação trabalhista. Mas é certo que uma pretensão dessa ordem tem o descumprimento do contrato de emprego como fundamento, assim tendo decidido o Supremo Tribunal Federal[7]:

> Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes de imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.

O Ministro Sepúlveda Pertence proferiu o voto e lavrou a ementa respectiva. Ao julgar outro recurso extraordinário[8], em que igual discussão (sobre a competência da Justiça do Trabalho) era travada, o mesmo magistrado, integrante da Corte Suprema,

---

que se refere ao *objeto imediato* como objeto da *obrigação*, enquanto o *objeto mediato* seria objeto da *prestação*.

[5] *Op. cit.* p. 248.

[6] Neste sentido, Fabio Túlio Correia Ribeiro (RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. *Processo do trabalho básico:* da inicial à sentença. São Paulo: LTr, 1997. p. 98).

[7] STF, RE 238737, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 5-2/99.

[8] RTJ 134/96. Também em igual sentido: RTJ 171/369.

reverberou: “O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à sua causa, à relação empregatícia”.

É irresistível lembrar como pode ser enriquecedora a combinação das outras justas causas, previstas nas demais alíneas dos artigos 482 e 483 da CLT, com as obrigações correlatas, aquelas cuja violação lhes dá ensejo. Faz-se generosa a possibilidade de os princípios da dignidade da pessoa humana e da lealdade se realizarem a partir das pretensões trabalhistas que podem nascer desse confronto.

A bem ver, tudo o que vimos a propósito do princípio da dignidade da pessoa humana, no capítulo dedicado aos princípios do direito do trabalho, faz-nos perceber que o empregador se obriga a não considerar o empregado apenas como um meio ou insumo para a sua produção de bens ou serviços. O empregador deve estar atento ao aspecto de o seu estabelecimento revelar-se um ambiente onde deve promover, à semelhança do que sucederia em qualquer outro espaço do território nacional, a efetividade dos direitos fundamentais de liberdade e de prestação social. É seu o dever de proporcionar um ambiente ecologicamente equilibrado. Se assim não age, viola o conteúdo do contrato de emprego e a sua conduta ilícita é passível de resistência obreira, atuação preventiva do Estado e eventual reparação.

Ademais, também um conteúdo esparso da relação de emprego pode ser extraído da legislação que não tem índole, essencialmente, trabalhista. As normas penais cujos dispositivos buscam reprimir o assédio sexual praticado pelo empregador impõem a este, *exempli gratia*, uma prestação que se integra, afinal, ao conteúdo do contrato de trabalho. As conseqüências não penais desse ilícito haverão de ser dirimidas pela Justiça do Trabalho.

17

ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 17.1 A alteração contratual no âmbito do direito civil. 17.2 Considerações gerais sobre a alteração contratual no âmbito do direito do trabalho. O direito de variar e o direito de resistir. 17.3 Alterações por intervenção do Estado e por negociação coletiva. 17.4 Alterações voluntárias do contrato de emprego. 17.4.1 A alteração consensual do contrato de emprego. 17.4.2 A inalterabilidade unilateral do contrato e o *jus variandi.* 17.4.2.1 A alteração funcional e seu limite de licitude. 17.4.2.2 A tentativa de padronizar o *jus variandi.* 17.4.2.3 A mudança de localidade e seus efeitos pecuniários. Grupo econômico. 17.4.2.4 O *jus variandi* extraordinário.

17.1 A alteração contratual no âmbito do direito civil

Em meio aos teóricos do contrato, é truísmo afirmar que a alteração das cláusulas contratuais somente pode ocorrer por mútuo consentimento. A bilateralidade do ajuste estaria a impedir que um dos contraentes modificasse, unilateralmente, as condições ajustadas. Teríamos, no âmbito do direito civil e com exceções que apenas atenuam o caráter individualista desses postulados, a *alterabilidade bilateral* e a *inalterabilidade unilateral* dos contratos de direito privado.

17.2 Considerações gerais sobre a alteração contratual no âmbito do direito do trabalho. O direito de variar e o direito de resistir

Açodadamente, alguns laboralistas lograram assegurar que ambas as máximas do direito civil não se aplicariam ao direito do trabalho. Incorreram em engano, porém. É que a alteração bilateral do contrato de emprego está autorizada pelo artigo 468 da CLT, vedando-se, estritamente, aquela que importe prejuízo direto ou indireto para o empregado. E a alteração unilateral do contrato de emprego também é, em regra, inválida, com ela não se confundindo, como veremos adiante, a modificação das condições de trabalho que o empregador promove no âmbito de seu *jus variandi.*

Quando o empregador promove alteração unilateral ou prejudicial ao empregado, exercita o empregado o *jus resistentiae.* A resistência individual, de que estamos a tratar, distingue-se, porém, da resistência coletiva, que se realiza através da greve. Nesta, a recusa ao trabalho pode não ter um ato ilícito do empregador como pressuposto. Observa Márcio Túlio Viana[2] que a resistência individual "é sempre específica, moldando-se a cada tipo de violação de direito. Exemplificando, se o empregador: não paga salário, não recebe trabalho; ordena em excesso, não é obedecido; e assim por diante. Como vimos, os meios utilizados devem ser idôneos. Assim, [...] não pode um enfermeiro, por encontrar o uniforme sujo, executar a sua tarefa defeituosamente".

17.3 Alterações por intervenção do Estado e por negociação coletiva

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

[2] VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência.* São Paulo : LTr, 1996. p. 283.

O nosso estudo dará ênfase às alterações voluntárias, quais sejam, àquelas que são promovidas pelos sujeitos do contrato. Entretanto, não custa lembrar que o Estado usa interferir na relação de trabalho, sempre que instado a corrigir o nível de proteção ou adaptar o custo trabalhista à política econômica da vez. A depender do seu grau de generalidade, o interesse tutelado pela nova norma pode ou não ter aplicação imediata, oscilando a jurisprudência trabalhista a depender da natureza e da finalidade da intervenção estatal.

Além disso, a Constituição de 1988 se deixou permeabilizar pelo princípio da autodeterminação coletiva para permitir que mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho pudessem ser ajustadas a compensação de jornada (art. 14º, XIII), a redução de salário com a correspondente redução de carga horária (incisos VI e XIII), a prorrogação de turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV) e a redução ou supressão de direitos conquistados em normas coletivas precedentes (art. 114, §2º, *a contrario sensu*). Esses possíveis ajustes, especialmente aqueles relativos à redução salarial e à supressão de vantagens normativas, ocorrem em meio à relação laboral e importam a alteração de cláusulas contratuais. Mas a conveniência de adaptar a regra estatal à realidade multifária do mundo do trabalho os torna lícitos, com o endosso da carta constitucional.

Voltemos, contudo, a refletir sobre as alterações voluntárias.

17.4 Alterações voluntárias do contrato de emprego

17.4.1 A alteração consensual do contrato de emprego

Está dito que a lei recusa validade à alteração bilateral exclusivamente na hipótese de ela causar prejuízo direto ou indireto ao empregado. Ao longo do tempo, essa regra cinqüentenária impediu, a bem dizer, que se concretizassem, *exempli gratia*, a redução salarial e o elastecimento da jornada, mesmo ao tempo em que essas condutas patronais ainda não estavam vedadas, expressamente, pelo texto constitucional. A elas resistindo, o empregado fazia uso do artigo 468 da CLT para postular, respectivamente, diferenças salariais ou a remuneração, como horas extraordinárias, do tempo acrescido à sua jornada, pelo empregador.

Desde sempre, coube ao empregador provar que a alteração operada teria sido consensual, presumindo-se ser vantajosa para o empregado essa mudança, por ele consentida, em suas condições de trabalho. Doutro lado, ao empregado cabe a prova de que a alteração lhe é ou fora prejudicial[3], embora a contar com a sua expressa anuência.

Essa distribuição da carga probatória não pode, porém e a nosso sentimento, revestir-se de caráter absoluto. Se é fato que cabe ao empregado, como regra, a prova de que teria sido prejudicado, direta ou indiretamente, pela alteração contratual havida com o seu consentimento, também o é que o prejuízo se presume todas as vezes em que tal alteração importa redução de direitos.

Um exemplo possível seria a redução de jornada com a conseqüente redução salarial. Ao que entendemos, uma alteração dessa ordem é lícita se atender a interesse do empregado – que pretenda obter mais tempo para estudos ou outras atividades –, restringindo-se a vedação constitucional às hipóteses em que a redução de salário serve a interesse exclusivo do empregador e é por ele imposto, clara ou disfarçadamente. Mas

[3] O prejuízo, conforme Márcio Túlio Viana (*Op. cit.* p. 245), pode ser "direto ou indireto; material ou imaterial; atual ou futuro – mas sempre certo, decorrente de circunstâncias contemporâneas, ainda que seus efeitos não tenham sido previstos, mas desde que previsíveis".

é certo que cabe ao empregador a prova do extraordinário, ou seja, é do empregador o ônus de provar que a redução de jornada e salário seria, no caso concreto, uma alteração contratual não apenas consentida, mas também benéfica ao empregado.

Sendo prejudicial ao trabalhador, a alteração contratual é inválida. Nesse passo, o princípio de direito do trabalho que sobressai é o da indisponibilidade, relativa ou absoluta[4]. À exceção dos casos em que o contrato é alterado para beneficiá-lo, nega-se ao empregado dispor do direito trabalhista assegurado em lei ou contrato.

A proteção trabalhista é atenuada, porém, na proporção inversa da influência que a debilidade econômica e volitiva do empregado exerce sobre o conteúdo do contrato: quanto às cláusulas impostas por lei, a nulidade de sua alteração surte efeitos mais gravosos para o empregador, pois somente as prestações mensais serão gradualmente atingidas pela prescrição, salvando-se sempre o último qüinqüênio; no tocante às cláusulas essencialmente contratuais, que acrescem vantagens não previstas em lei, a prescrição é total, a prevalecer a orientação contida na Súmula 294 do TST[5].

17.4.2 A inalterabilidade unilateral do contrato e o *jus variandi*

Os teóricos do trabalho distinguem a *alteração* das cláusulas contratuais e a *variação* do poder diretivo, ou do conteúdo deste. Regra geral, a alteração unilateral das cláusulas *do contrato* é ilícita. Mas a modulação da prestação de trabalho e, antes, a destinação da energia laboral são definidas pelo empregador ao exercer ele o poder diretivo *stricto sensu.* Usando de boa metáfora, Márcio Túlio Viana[6] acentua que "ao variar, o empregador se move por entre as cláusulas do contrato, ocupando, liberando e reocupando, a cada instante, novos espaços".

Ao estudarmos o princípio da continuidade, ressaltamos o seu nexo com o conceito do *jus variandi,* pois o interesse de preservar a relação de emprego, mesmo quando se modificam a estrutura empresarial, a atividade preponderante do empregador ou a técnica de produção, induzem o agente do direito laboral a permitir ao empregador uma certa autonomia para modificar as condições de trabalho que, não estando na essência do contrato, possibilitarão a manutenção da empresa e dos empregos por ela gerados. É importante delimitar, portanto e o quanto possível, o âmbito do direito de variar (*jus variandi*). Novamente aqui, é incisiva a palavra de Márcio Túlio Viana[7]:

> O traço marcante dessa área é a *imprecisão*. O comando patronal atua onde as obrigações não foram bem detalhadas, dando conteúdo concreto ao que as partes ajustaram em termos mais ou menos amplos. É que o contrato de trabalho, por sua própria natureza, repele uma previsão antecipada de cada tarefa a ser realizada. O detalhamento da maior parte das prestações só surge ao longo de sua execução.

É difícil, às vezes, identificar a condição de trabalho que é essencialmente contratual – inalterável a princípio –, distinguindo-a daquela que pode ser reorientada a qualquer momento, por se submeter ao poder diretivo *stricto sensu.* Um motorista, por

---

[4] Ao estudarmos o princípio da irrenunciabilidade, lembramos que o grau de indisponibilidade do direito do trabalho oscila segundo a sua fonte, pois o direito previsto em lei é absolutamente indisponível e contra ele corre prescrição apenas parcial; o direito assegurado em contrato é de indisponibilidade relativa, sujeitando-se à prescrição total (Súmula 294 do TST).

[5] No capítulo dedicado à prescrição trabalhista, observamos que a Súmula 294 poderia ser objeto de reflexão no tocante à prescrição total que alcança as alterações estritamente contratuais, ante a consolidação da regra de que não convalescem os atos nulos pelo decorrer do tempo (art. 169 do Código Civil).

[6] *Op. cit.* p. 214.

[7] *Op. cit.* p. 191.

exemplo, pode ter a sua rota freqüentemente alterada pelo empregador, pois não é razoável que tal empregado possa exigir a manutenção do trajeto que estava habituado a percorrer desde quando fora contratado, se é provável que esse percurso não tenha sido levado em conta na hora do ajuste inicial e não se pode tolher o empregador de modificá-lo, à conveniência da empresa. Bem se vê que a ordem para o referido motorista conduzir o veículo por outro caminho está no âmbito do *jus variandi*. Não se configuraria a alteração, nesse caso, da função mesma de motorista.

Ao citar um exemplo semelhante, embora a retratar o direito de um empregador variar o serviço executado por um pedreiro, Márcio Túlio Viana[8] faz observação elucidativa:

> Pode parecer que tudo que é secundário, e só por ser secundário, cai no campo do jus variandi. Mas não é bem assim. O comando só se justifica, como vimos, pela natureza do trabalho assalariado, que repele o detalhamento a priori. Assim, o que marca os limites do jus variandi não é tanto a irrelevância da modificação, mas a impossibilidade lógica de sua previsão aproximada.

O autor observa, ainda, que o *jus variandi* deve respeitar limites *conceituais*, relativos ao campo em que incidem, e limites *funcionais*, que se referem à forma com que o empregador o exerce. O limite conceitual é o contrato de emprego, que é a fonte legitimadora do seu exercício. O limite funcional é atinente à necessidade de ele pressupor uma motivação razoável, pois o empregador "deve usar o *jus variandi* fundado numa razão objetiva, numa necessidade real da empresa, ficando excluído o uso arbitrário, caprichoso, imotivado, discriminatório ou persecutório"[9].

É correto afirmar, ainda, que o *jus variandi* se manifesta nos limites do poder diretivo em sentido estrito, não tendo pertinência com as outras duas expressões do poder de comando (o poder de organização e o poder disciplinar)[10]. Mas nada impede que o empregador renuncie, em parte, ao seu poder diretivo, organizando-se de modo a democratizar o comando do trabalho, através de conselhos paritários. Uma condição de trabalho que não era essencialmente contratual pode assim se tornar, por ato dispositivo do empregador, esboçado em contrato individual ou norma coletiva.

17.4.2.1 A alteração funcional e seu limite de licitude

Na abertura do capítulo da CLT que trata das alterações contratuais, é estatuído que "não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança"[11]. Parece um acinte à inteligência acadêmica. A outros pode parecer uma ficção jurídica[12]. Ou um sofisma[13], simplesmente.

---

[8] *Op. cit.* p. 222.
[9] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 223.
[10] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 221.
[11] Art. 468, parágrafo único, da CLT.
[12] Observa Perelman que "a ficção jurídica, diferentemente da presunção irrefragável, é uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica". O arremate é conclusivo: "Se esta realidade é determinada pelo legislador, sua decisão, qualquer que seja, jamais constitui uma ficção jurídica, mesmo que se afaste da realidade. Assim é que, ao atribuir personalidade jurídica a associações, o legislador não institui uma ficção jurídica [...]" (PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 86).
[13] Márcio Túlio Viana (*Op. cit.* p. 247) inclui essa hipótese entre as de *jus variandi* extraordinário, pois sustenta que *"o legislador usou de sofisma: ao invés de excepcionar, diretamente, a regra proibitiva, preferiu* descaracterizar *as alterações como tais (...)".*

Mas, cabe observar que a investidura em função de confiança, com ânimo definitivo ou mesmo transitório[14], é sempre precária, seja na empresa privada ou na administração pública. Quando o empregado é contratado, ao início da relação laboral, para exercer cargo de confiança, a sua destituição não atrai a incidência do artigo 468, parágrafo único, da CLT, pois inocorreria, nesse caso, a reversão a um cargo efetivo (inexistente), mas sim a dissolução do vínculo[15]. Se é contratado para exercer cargo efetivo e depois é comissionado, à manutenção desse comissionamento está desobrigado o empregador.

Logo, descabe falar de alteração unilateral *do contrato*, pois a função que tem caráter fiduciário escapa à regência do princípio *pacta sunt servanda*, que informa a teoria dos contratos. E se não há *alteração contratual*, o legislador está ambientando o retorno ao cargo efetivo nos lindes do *jus variandi*. A interpretação do dispositivo sob análise, quando assim conduzida, afasta a sua aparente teratologia.

Mas se o retorno ao cargo efetivo é permitido, não o seria o rebaixamento de um cargo efetivo a outro de menor grau hierárquico. O rebaixamento é alteração unilateral e prejudicial, por isso ilícita.

Ademais, a estabilidade funcional se distingue da estabilidade econômica. O empregado que exerceu função de confiança por mais de dez anos adquire o direito de ter a gratificação correspondente atraída pelo núcleo salarial, assim tendo evoluído a jurisprudência[16]. Tal empregado preserva a gratificação de função, malgrado seja eventualmente desinvestido da função de confiança.

17.4.2.2 A tentativa de padronizar o *jus variandi*

A jurisprudência tem ensaiado a padronização, usualmente temerária, das iniciativas empresariais que se situam na esfera do *jus variandi*. Diz-se, por exemplo, que a quantidade de tempo de trabalho a cada dia (jornada) não pode ser majorada, mas que os horários de início e término dessa jornada podem sofrer modificação no âmbito do direito de variar, desde que o empregador o modifique com parcimônia[17]. A Súmula 265 do TST recomenda, inclusive, que se tolere a transferência de empregado que presta trabalho à noite para o turno do dia, com a perda do adicional noturno.

Quanto ao lugar de trabalho, a ordem trabalhista restringe a alteração concernente à *localidade* de trabalho, definindo-a como aquela que implica a mudança de residência do empregado (artigo 469 da CLT). Ao empregador é possível variar a localidade do trabalho de seu empregado somente quando este exerce cargo de confiança, exista cláusula tácita ou expressa que autorize a *transferência* (mudança de localidade) ou em casos de real necessidade de serviço[18]. Mas os teóricos e agentes do direito do trabalho não vêem óbice à alteração do *local* de trabalho, que intitulam *remoção*. Em suma, a transferência é, a princípio, vedada; a remoção, por seu turno, estaria no universo do *jus variandi*.

Sobre o modo de se trabalhar, a restrição se dá quanto à mudança da função, como tal entendida a atribuição ou o conjunto de atribuições. A lei tolera a alteração de serviço ou tarefa – que é elemento da função – nas hipóteses em que a nova incumbência não fere os limites do contrato, sendo inerente à qualificação profissional e

---

[14] *Vide* Súmula 159 do TST.
[15] *Vide* art. 499, §2º, da CLT.
[16] Não obstante a revogação da Súmula 209 do TST, a orientação jurisprudencial n. 45 da SDI 1 do TST.
[17] Cf. Márcio Túlio Viana, *Op. cit.* p. 238.
[18] Art. 469, §§ 1º e 3º, da CLT. O §2º trata de *jus variandi* extraordinário, como veremos adiante.

demais atributos do empregado (artigo 456, parágrafo único, da CLT). Délio Maranhão[19] observa que "dentro do círculo do cargo, podem caber [...] vários serviços. A mudança do empregado de um para outro serviço, nos limites do cargo, da qualificação profissional, é que se legitima pelo exercício do *jus variandi*".

Ainda sobre a variação do modo de trabalhar, impende rematar que não se combate a mudança de cargo, se a função permanece inalterada. Octavio Bueno Magano observa, porém, que a extinção do cargo pode autorizar a variação da função para uma outra que lhe seja afim[20].

17.4.2.3 A mudança de localidade e seus efeitos pecuniários. Grupo econômico

Está vista a diferença entre *transferência* e *remoção.* A transferência importa a mudança de localidade[21], cujo sentido está aqui associado à residência (a lei se refere, por equívoco, a domicílio) do empregado. A transferência é a variação do lugar de trabalho que acarreta a mudança de residência, numa relação de causalidade e não de coincidência (entre a variação do lugar de trabalho e a mudança de morada). O artigo 469 veda, a princípio, a transferência, assegurando o artigo 659, IX, da mesma CLT, a antecipação de tutela nos processos em que o empregado postule a invalidação de transferência.

Os parágrafos primeiro e terceiro do artigo 469 da CLT excepcionam os casos em que a transferência está no âmbito do *jus variandi* do empregador. A localidade de trabalho pode variar quando: a) o empregado é exercente de cargo de confiança; b) o contrato contém cláusula explícita ou implícita que permite a transferência; c) a transferência ocorrer por real e transitória necessidade do serviço do empregado em outra localidade.

Quanto ao exercício de cargo de confiança, interessa destacar que o permissivo legal se apresenta no conjunto de regras que reduzem a proteção trabalhista em favor dos altos-empregados, justificando-se nessa medida[22].

Sobre a cláusula contratual que autoriza a transferência, anota Magano[23] que "há condição implícita de transferência quando a mobilidade derivar da própria

---

[19] *Op. cit.* p. 510.

[20] *Apud* Márcio Túlio Viana, *Op. cit.* p. 260. Em igual sentido, Délio Maranhão (*Op. cit.* p. 511).

[21] Em outra passagem da CLT, que cuida da equiparação salarial, a expressão *mesma localidade* é compreendida como mesmo município ou, como preferimos, mesma região geo-econômica. Valentin Carrion, ao comentar o art. 469 (*Op. cit.* p. 325), sustenta que a mudança de um lugar para outro no mesmo município não caracteriza a mudança de domicílio, para os efeitos da lei. Divergimos, pois é quase sempre malsucedida a tentativa de vincular o significado de localidade a município, insistentemente levada a efeito pela jurisprudência trabalhista. Há municípios com extensão territorial cujos limites guardam distância superior àquela que separa cidades contíguas e regiões metropolitanas que abrangem vários municípios, não sendo razoável que se negue a mudança de localidade, invariavelmente, quando a variação do lugar de trabalho se dá para fronteira distante do município de território maior e se a afirme quando a mudança de município importa, a rigor, a remoção para um endereço próximo, sem qualquer embaraço para a rotina do empregado. Carrion faz remissão a Barreto Prado, que recusa o entendimento por ele esposado.

[22] *Vide* art. 62, II, da CLT. Pensamos que deva ser cautelosa a subsunção, no *status* de *cargo de confiança*, dos diretores e chefes de departamento. O critério matemático, previsto no parágrafo único do art. 62, é um parâmetro inicial, mas não se pode desprezar, no caso concreto, se a condição de trabalho é compatível com a autorização incondicional de transferência. A proteção menor somente se justifica nas hipóteses de altos-empregados, que se destacam na hierarquia empresarial e são vistos, pelos demais empregados, como representantes ou delegados do empregador.

[23] *Apud* Márcio Túlio Viana, *Op. cit.* p. 268.

natureza do trabalho desempenhado pelo empregado. É o caso dos aeronautas, dos aeroviários, dos viajantes ou pracistas, dos artistas etc"

A real necessidade de serviço é concebida, muita vez, como a imprescindibilidade do trabalhador transferido na outra localidade, considerando-se a sua aptidão técnica e a inexistência de outro empregado cuja transferência importe, para ele, estorvo menor. Cabe ao empregador o ônus de provar a necessidade do empregado na localidade para a qual o está transferindo[24].

A leitura do artigo 469, §3º, da CLT induz a percepção de que a real necessidade de serviço permite apenas a transferência provisória, assegurando, ainda e enquanto durar o trabalho na outra localidade, o adicional de transferência, no importe nunca inferior a 25% do salário. A jurisprudência assumiu, todavia, posição curiosa ao vincular o adicional referido à transferência provisória, pois o negou nas hipóteses de transferência definitiva. A princípio, o fato de esta não se situar no âmbito do *jus variandi* implicaria uma indenização maior, jamais a supressão desse direito. De toda sorte, Márcio Túlio Viana[25] sustenta que "se a transferência, embora rotulada de provisória, perdura por longo tempo, pode o empregado resistir, voltando ao local de origem".

Outra acentuada dissensão jurisprudencial teve lugar a propósito de ser ou não devido o adicional de transferência nas hipóteses em que a variação da localidade de trabalho está fundada no exercício de cargo de confiança ou em cláusula contratual permissiva (CLT, art. 469, §1º). O TST[26] está a entender que a transferência do empregado de confiança, sendo provisória, importa o direito ao adicional de transferência, o mesmo sucedendo quando a cláusula contratual, explícita ou implícita, faz lícita a transferência.

Sendo ou não devido o adicional sob comento, é certo que "as despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador", consoante enuncia o artigo 470 da CLT. A quantia que servirá ao ressarcimento dessas despesas é aquela que deve ser paga a título de ajuda-de-custo[27]. Cabe frisar que o adicional de transferência visa à indenização do trabalho em situação adversa, porque realizado numa localidade diferente daquela em que o empregado foi contratado e residia, porventura, com a sua família. A despesa conseqüente da mudança de residência não é ressarcida através do adicional de transferência, mas mediante o pagamento de ajuda-de-custo, que só a isso se destina.

Questão realmente vexatória é, por fim, aquela que diz respeito à variação de localidade do trabalho que implica o labor do empregado, no novo lugar, para outra empresa do mesmo grupo econômico. Aos que interpretam o artigo 2º, §2º, da CLT com o exclusivo sentido de solidariedade passiva, a hipótese ora examinada não será de transferência, mas de cessação de um vínculo e início de um novo liame empregatício. Os agentes do direito do trabalho que sustentam a solidariedade ativa entre as sociedades empresariais que integram grupos econômicos entenderão que houve

---

[24] *Vide* Súmula 43 do TST: "Presume-se abusiva a transferência de que trata o §1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade de serviço".
[25] *Op. cit.* p. 269.
[26] *Vide* orientação jurisprudencial n. 113 da SDI 1 do TST.
[27] *Vide* art. 457, §2º, da CLT.

transferência e esta, sendo provisória, daria ensejo ao adicional previsto no artigo 469, §3º, da CLT[28].

17.4.2.4 O *jus variandi* extraordinário

A regra da inalterabilidade unilateral do contrato comporta exceções, previstas em norma estatal ou aceitas, *de lege ferenda*, pela doutrina. Trata-se, já agora, de alteração de cláusulas essenciais do contrato, que o direito autoriza em condições extraordinárias.

Está dito que não incluímos entre as exceções legais, como o fazem autores de nomeada, o direito de o empregador reverter o empregado, que exerce cargo de confiança, ao cargo efetivo. Mas é exato afirmar que o poder de transferir o empregado, havendo a extinção do estabelecimento em que este vinha prestando serviço, é expressão do *jus variandi* extraordinário, que tem esteio no artigo 469, §2º, da CLT. Há, nessa hipótese de transferência, uma clara exceção, prescrita em lei, à regra da inalterabilidade unilateral.

Quanto às situações em que a doutrina admite, em caráter extraordinário, a alteração de condições essenciais do contrato, podem ser enumeradas[29]: a) as alterações decorrentes de necessidade premente da empresa; b) as benéficas ao empregado. Um exemplo da primeira situação, que poderíamos associar à incidência de força maior, é a exigência de o vendedor carregar para local seguro a mercadoria da loja em que este trabalha, se essa loja sofre alguma intempérie, incêndio etc. Na segunda situação hipotética se enquadraria, entre outras alterações benéficas a princípio irrecusáveis, a promoção. Os teóricos do direito do trabalho têm evoluído no sentido de entender que a promoção não pode ser recusada quando a empresa está organizada em quadro de carreira ou o novo cargo, a que está ascendendo o empregado, tem função igual ou afim à do cargo anterior[30].

---

[28] Assim entende Sergio Pinto Martins (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2001. p. 287).
[29] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 247. Os exemplos também são do autor.
[30] Cf. Márcio Túlio Viana, *op. cit.* p. 252.

18

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 18.1 A suspensão contratual sob a ótica do direito do trabalho. 18.2 Nome e conteúdo dos tipos de suspensão. 18.3 Classificação legal. 18.3.1 Hipóteses de *interrupção* contratual. 18.3.2 Hipóteses de *suspensão* contratual. 18.3.2.1 Efeitos da suspensão contratual no tocante a prestações não sinalagmáticas – assistência escolar, médica ou odontológica. 18.3.2.2 Efeitos da suspensão contratual no tocante à justa causa. 18.3.2.3 A proteção ao empregado portador da AIDS. 18.3.2.4 Efeitos da suspensão contratual no tocante à prescrição. 18.3.3 Casos híbridos. Efeitos jurídicos. 18.4 Conversibilidade da suspensão do contrato.

18.1 A suspensão contratual sob a ótica do direito do trabalho

A relação de emprego é de trato sucessivo, pois se protrai no tempo, renovando-se a exigibilidade das prestações. Como qualquer outra relação continuada, está sujeita ao imprevisível, ao imponderável. Estivesse regida pelas regras de direito civil e o fato de se originar em contrato bilateral faria viger a cláusula resolutória tácita, ou seja, o contrato de emprego se resolveria pela circunstância de um de seus sujeitos não poder cumprir a sua prestação. O direito do trabalho está inspirado, porém, no princípio da continuidade, por isso se recheando de normas que asseguram a preservação do contrato quando a sua execução está temporariamente inviabilizada.

A bem dizer, não se suspende o contrato, mas a sua execução. A expressão *suspensão do contrato* contém uma elipse, portanto, que o uso generalizou. Suspende-se a execução do contrato de emprego por motivos inerentes ao empregado, como a doença e fatos relevantes de sua vida civil, familiar, social, suspendendo-se-a ainda por motivos outros, concernentes ao interesse coletivo (referimo-nos à greve) ou à paralisação da atividade econômica. A proteção é, pois, mais abrangente, não se restringindo aos casos em que o empregado está fisicamente impossibilitado de trabalhar.

18.2 Nome e conteúdo dos tipos de suspensão

Os estudiosos do direito do trabalho se digladiam acerca da distinção entre a *suspensão* e a *interrupção* do contrato de emprego, divergindo quanto aos conceitos e mesmo no tocante ao acerto dessa terminologia usada pelo legislador (Título IV, Capítulo IV, da CLT) em substituição às expressões "suspensão parcial" (interrupção) e "suspensão total" (suspensão), mais comuns no direito comparado.

Vamos abstrair da querela a propósito do nome jurídico adequado, adotando, por objetividade, a nomenclatura legal. Para efeitos práticos, usaremos a palavra suspensão também como gênero, sempre que quisermos referir uma regra comum à suspensão e à interrupção. Sobre o significado de cada termo (suspensão e interrupção), interessa perceber que a classificação do caso concreto em um desses tipos legais não basta à verificação de seus efeitos.

---

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

A iniciativa de classificar os casos de descontinuidade na execução do contrato como suspensão ou interrupção teve em vista a tentativa de diferenciar, respectivamente, as situações em que empregado e empregador ficam desonerados de suas obrigações (suspensão) e aquelas outras em que o empregador continua obrigado a pagar o salário, malgrado se interrompa a prestação de trabalho (interrupção). Essa divisão esquemática é relativizada, contudo, ante a existência de casos em que o empregador se exonera do salário em sentido restrito, mas permanece obrigado a cumprir outras prestações acessórias em favor do empregado. A esses tipos intermediários chamaremos de *casos híbridos*, como adiante se verá.

18.3 Classificação legal

Por apelo didático, vamos dividir as hipóteses de suspensão contratual em três tipos: a) interrupção contratual; b) suspensão contratual; c) casos híbridos. Os efeitos eventualmente extraordinários da causa suspensiva serão analisados, no entanto, caso a caso.

18.3.1 Hipóteses de *interrupção* contratual

Os casos em que o empregado suspende a prestação de trabalho, sem prejuízo do salário, acentuam a forma peculiar como o caráter comutativo do contrato de emprego se desenha. A equivalência de prestações, que é uma característica da sinalagmaticidade, não implica, no liame empregatício, a exata correlação entre a disponibilidade da energia de trabalho e a retribuição pecuniária, na mesma e invariável razão entre tempo e dinheiro. Há prestações salariais que não correspondem a uma prestação de trabalho em tempo específico.

Se divisamos o cotidiano de uma relação de emprego, percebemos que a utilidade do trabalho é sempre maior que a remuneração por ela assegurada. Na interrupção do contrato de emprego dá-se o inverso: o trabalho não é prestado, mas o empregador continua pagando o salário.

Exemplos desses casos de interrupção contratual são:

I. O repouso semanal remunerado (art. 7º, XV, da CF e Lei 605/49).

II. O repouso em feriados (Lei 605/49).

III. As férias anuais remuneradas (art. 7o, XVII, da CF e art. 129 da CLT).

IV. A falta abonada, mediante o pagamento do salário correspondente (art. 131, IV, da CLT).

V. A falta em até dois dias consecutivos, justificada pelo falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou dependente (art. 473, I, da CLT).

VI. A falta por até um dia, em cada doze meses, para doação de sangue (art. 473, IV, da CLT).

VII. A falta por até dois dias consecutivos em virtude de casamento (art. 473, II, da CLT).

VIII. A falta por cinco dias do pai, em virtude do nascimento de filho (art. 7o, XIX, da CF e art. 10, §1o, do ADCT, conforme IN 1/88 do Ministério do Trabalho[2]).

IX. A falta por até dois dias, consecutivos ou não, para o alistamento eleitoral (art. 473, V, da CLT e art. 48 da Lei 4737/65).

X. A falta ao trabalho para o cumprimento das obrigações de reservista, notadamente os exercícios e atividades comemorativas do dia do reservista (art. 473, VI, da CLT e art. 65, c, da Lei 4375/64[3]).

XI. As faltas necessárias à prestação do exame vestibular visando ao ingresso em estabelecimento de ensino superior (art. 473, VII, da CLT).

XII. A ausência ao trabalho pelo tempo indispensável ao comparecimento em juízo (art. 473, VIII, da CLT[4]), como parte ou testemunha (art. 822 da CLT).

XIII. A licença remunerada (art. 133, II, da CLT).

XIV. A interrupção da atividade empresarial (art. 133, III, da CLT).

XV. O tempo de intervalo intrajornada excedente do limite legal, sem autorização contratual (Súmula 118 do TST).

XVI. O afastamento por até quinze dias em razão de enfermidade ou acidente de trabalho (art. 59, §3o, da Lei 8213/91).

XVII. O afastamento para o exercício da atividade de conciliador do representante dos empregados na comissão de conciliação prévia (art. 625-b, §2o, da CLT).

XVIII. O período de aviso prévio indenizado (art. 487, §1º, da CLT).

XIX. O afastamento para prestação de serviço militar extraordinário, com direito a salário integral nos primeiros noventa dias (art. 472, §§3º a 5º, da CLT) e, após, a 2/3 do salário, salvo engajamento (arts. 60 e 61 da Lei 4375/64).

18.3.2 Hipóteses de *suspensão* contratual

Há casos outros em que se suspendem tanto a prestação de trabalho como a prestação salarial:

---

[2] Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 297), secundando Magano, defende que a licença-paternidade é direito de ausência justificada ao trabalho, mas o permissivo constitucional não estaria garantindo o salário e inexiste a lei que, regulamentando a matéria, assegure o direito à remuneração. A nosso pensamento, o salário é da natureza do instituto e os ilustrados laboralistas estão a desprezar, com *venia*, a letra do art. 28, V, da Lei 8036/90. A instrução normativa do Ministério do Trabalho está ainda a obrigar, na prática, que seja assim, mais larga, a proteção à paternidade.

[3] Lembra Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 301) que o art. 60, §4º, da Lei 4375/64 faz justificada, também, a falta dos convocados matriculados em Órgão de Formação de Reserva que seja obrigado a participar de exercícios ou manobras.

[4] Nota Sergio Pinto Martins que a redação do art. 473, VIII, da CLT permite se conclua que o empregado está dispensado do trabalho à tarde, mas não por todo o dia, se a audiência a que compareceu se deu no turno vespertino. De toda sorte, a dicção legal é mais abrangente que a Súmula 155 do TST, que faz alusão somente às horas de comparecimento em juízo.

I. O afastamento por exigência de encargo público (art. 472 da CLT).

II. A suspensão disciplinar por até trinta dias (limite de licitude previsto no art. 474 da CLT).

III. O afastamento por mais de quinze dias em razão de enfermidade, propiciando o recebimento do auxílio-doença, a ser pago pelo INSS (art. 59, caput, da Lei 8213/91).

IV. A aposentadoria por invalidez, enquanto assim se configurar e por tempo indefinido[5] (art. 475 e §1o, da CLT e arts. 42 a 47 da Lei 8213/91. Súmula 160 do TST. A súmula 217 do STF está superada, ante a atual redação do art. 475 da CLT).

V. A suspensão para a qualificação profissional do empregado, mediante autorização em norma coletiva e prévia aquiescência do trabalhador, por período de dois a cinco meses (art. 476-A da CLT).

VI. A ausência de trabalho em razão de greve (art. 7º da Lei 7783/89), salvo a previsão de direito ao salário em norma coletiva ou arbitral[6].

VII. A ausência ao trabalho em razão do desempenho de cargo de direção ou representação sindical, salvo assentimento da empresa ou cláusula em contrato ou norma coletiva que mantenham a obrigação de o empregador pagar o salário (art. 543, §2º, da CLT).

Em todas essas situações, exoneram-se empregado e empregador, durante o afastamento, no tocante a qualquer prestação atinente ao contrato de emprego. É essa a regra, malgrado devamos estar atentos à existência de divergência jurisprudencial no que tange a algumas possíveis circunstâncias que podem sobrevir após o implemento da causa suspensiva.

---

[5] Ao estudarmos os contratos sob condição resolutiva, atribuímos essa característica ao contrato do empregado substituto (do empregado aposentado por invalidez), em conformidade com o art. 475, §2º, da CLT.

[6] O art. 7º da Lei 7783/89 prevê que "a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho". O termo *suspende* é proposital, pois "durante a greve, o trabalhador tem direito de paralisar os serviços habituais e o empregador de não lhe pagar o salário. O direito confere ao grevista uma imunidade que, nestas ocasiões, não o prejudica e que, em outras circunstâncias, esta ausência comprometeria sua responsabilidade ou sua permanência no emprego" (PÉREZ DEL CASTILHO, Santiago. *O direito de greve.* Tradução de Maria Stella Penteado G. de Abreu. São Paulo : LTr, 1994. p. 107). No mesmo sentido, Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio. Greve. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo : LTr, 1993. p. 688). O Tribunal Superior do Trabalho não parece divergir: “GREVE - DIAS PARADOS - PAGAMENTO. A participação do empregado em movimento grevista importa na suspensão do contrato de trabalho e, nesta circunstância, autoriza o empregador a não efetuar o pagamento dos salários nos dias de paralisação. A lógica é uma só: sem prestação de serviço inexiste cogitar-se de pagamento do respectivo salário. Este é o ônus que deve suportar o empregado na oportunidade em que decide aderir ao movimento grevista. De outro lado, impõe-se observar que o fato de o empregador deixar de pagar o salário pelos dias de paralisação não implica a possibilidade de o empregado rescindir o seu contrato de trabalho por justa causa, nos termos preconizados pelo artigo 483, "d", da CLT, em face de a lei considerar suspenso o contrato de trabalho no respectivo período do exercício de greve, ainda quando considerado não abusivo o movimento. Recurso de embargos conhecido e não provido” (TST, 1ª Turma, ERR 383124/97, Rel. Min. Leonaldo Silva, j. 27/09/99, DJ 08/10/99, p. 52).

Nos dois últimos casos há pouco enumerados – greve e representação ou direção de sindicato –, pode haver interrupção, e não suspensão contratual, se o contrato ou a norma coletiva assim dispuserem.

Quando ocorre a suspensão para a qualificação profissional do empregado, a ajuda compensatória a que se obrigar o empregador, durante o período de afastamento do empregado e em razão de norma coletiva, não tem natureza salarial, pois assim estatui o artigo 476-A, §3º, da CLT.

18.3.2.1 Efeitos da suspensão contratual no tocante a prestações não sinalagmáticas – assistência escolar, médica ou odontológica

Fácil é notar que inexiste uma posição firme dos estudiosos e agentes do direito do trabalho sobre o caráter absoluto da regra segundo a qual se suspendem todas as prestações do empregado e do empregador nos casos de suspensão do contrato. Em princípio, as prestações que se suspendem são aquelas que servem à contraprestação salarial ou viabilizam a realização dos serviços pelo trabalhador, ou seja, aquelas prestações que se ajustam à característica de retribuir o trabalho ou concorrem para que o labor se desenvolva.

Um caso ilustrativo é o dos empregadores que asseguram assistência escolar, médica ou odontológica em razão do liame empregatício. Ao prover jurisdição em feitos nos quais se discute a preservação da assistência médica durante a suspensão contratual, o TST tem sido enfático ao afirmar que o direito a benefícios dessa ordem se mantêm durante o período de suspensão do contrato[7].

18.3.2.2 Efeitos da suspensão contratual no tocante à justa causa

Titubeia-se, ainda, quanto à possibilidade de se caracterizar justa causa a agressão física ou verbal contra o empregador durante a suspensão do contrato, parecendo-nos fugir ao limite do razoável propor que todas as obrigações – não somente as de prestar o trabalho e de remunerá-lo – estariam suspensas, sem exceção. Isso porque, ao fim da suspensão contratual, poderia faltar o pressuposto da atualidade da falta, que estudaremos no capítulo relativo à cessação do contrato. E seria, afinal, um contrassenso exigir que o empregador mantivesse, em seu quadro de empregados e por tempo indefinido, aquele que o estapeou ou o tratou com vilipêndio. O mesmo raciocínio se adotaria para a hipótese inversa, em que o empregador infringe o conteúdo do contrato de trabalho.

A matéria é vexatória, mas nos parece adequada a distinção que, a propósito das justas causas cometidas pelos trabalhadores em meio à suspensão contratual, faz Maurício Godinho Delgado[8]:

> No tocante à *dispensa por justa causa* não pode haver dúvida de ser ela inviável, juridicamente, desde a falta tipificada obreira tenha ocorrido no próprio período de suspensão do pacto. Ilustrativamente, cite-se o caso do empregado que, comprovadamente, revele segredo da empresa durante o

[7] TST, SBDI 1, E-ED-RR-4954/2002-900-03-00, Rel. Min. Horário Senna Pires, DEJT 27/11/09; TST, SBDI 2, ROMS - 29400-55.2007.5.05.0000, j. 01/06/2010, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 11/06/2010; TST, SBDI 2, ROMS - 13800-44.2009.5.15.0000, Rel. Min.Antônio José de Barros Levenhagen, j. 11/05/2010, DEJT 21/05/2010; TST, 8ª Turma, RR - 63100-44.2007.5.05.0025, Rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 14/04/2010, DEJT 16/04/2010; TST, 1ª Turma, RR-166/2006-461-05-00, Rel. Min. Luiz Phillipe Vieira de Mello Filho, DEJT - 13/02/2009; TST, 6ª Turma, RR-2818/2003-037-12-00, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU - 29/09/2006; TST, 5ª Turma, RR-5026/2003-341-01-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT - 29/05/2009.

[8] DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2008, p. 1063.

período suspensivo (art. 482, g, CLT); ou do empregado que cometa comprovado ato lesivo à honra ou boa fama ou ofensas físicas contra o empregador durante o período suspensivo do contrato (art. 482, k, CLT).

Será distinta, contudo, a solução jurídica em se tratando de justa causa cometida *antes* do advento do fator suspensivo (por exemplo: empresa está apurando, administrativamente, falta cometida pelo obreiro... o qual se afasta previdenciariamente antes do final da apuração e correspondente penalidade máxima aplicada). Neste caso, a suspensão contratual prevalece, embora possa a empresa comunicar de imediato ao trabalhador a justa causa aplicada, procedendo, contudo, à efetiva rescisão após o findar da causa suspensiva do pacto empregatício.

18.3.2.3 A proteção ao empregado portador da AIDS

O artigo 1º da Lei 7670, de 1988, dispõe: "A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica: I – a concessão de: a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei n. 1711, de 28 de outubro de 1952; b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea *b*, da Lei n. 1711, de 28 de outubro de 1952; c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei n. 6880, de 9 de dezembro de 1980; d) pensão especial nos termos do art. 1º da Lei n. 3738, de 4 de abril de 1960; e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após a filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes. II – levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito. Parágrafo único – O exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover".

As Leis 8.212 e 8.213, de 1991, regularam o custeio e os benefícios da Previdência Social, sem revogar a Lei 7670, de 1988, que é norma especial e, por isso, exigiria revogação expressa. Assim, o que se tem positivado, ao que nos interessa, é o direito de o empregado soropositivo, que houver manifestado a síndrome após sua filiação à Previdência, obter a suspensão de seu contrato e o recebimento de auxílio-doença, ou mesmo a aposentadoria. O parágrafo único, acima transcrito, permite concluir, *a contrario sensu*, que o empregado não precisa estar impossibilitado de se locomover para que tenha suspenso o seu contrato.

Assim, a mencionada norma previdenciária desautoriza a resilição do contrato do empregado portador de AIDS, mas não por lhe assegurar estabilidade e sim por reconhecer o caráter patológico do mal que assoma ao indivíduo quando ele contrai o seu vírus. A lei garante a suspensão contratual, com o recebimento de auxílio-doença, sendo vedado, como já se sabe, a resilição de contrato suspenso. Essa percepção fez Sergio Pinto Martins[9] afirmar que "não há lei que determine a reintegração do soropositivo de Aids no emprego. Assim, não há como dizer da existência de violação ao princípio da igualdade, pois como leciona Themístocles Brandão Cavalcante ´todos têm o mesmo direito, mas não o direito às mesmas coisas´".

O recebimento do auxílio-doença pode ser exigido mediante ação movida em face do INSS, diretamente. Sendo tal o objetivo do empregado que pede a sua reintegração no emprego, visando a que seja declarada, em última análise e numa aparente contradição, o seu direito à suspensão contratual, decerto que a alternativa mais razoável seria o ajuizamento de ação previdenciária, e não trabalhista.

---

[9] Sergio Pinto Martins, *op. cit.*, p. 374.

O Tribunal Superior do Trabalho tem-se mostrado, porém, sensível à premência dos interesses do portador de AIDS, que é mesmo incompatível com a análise do instrumento jurídico mais adequado. Não a pode esperar. Em hipótese na qual uma grande empresa despediu um empregado soropositivo, o Ministro Valdir Righeto observou, em seu voto: "Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com venda da sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atingisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro". Na ementa dessa paradigmática decisão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho[10], lê-se:

> "Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida".

No caso, a mais alta Corte do Trabalho redargüiu o caráter meramente programático do princípio da igualdade, que impede se trate igualmente um empregado aidético, marcadamente desigual. Ignorou, portanto, a velha hermenêutica, que negava aos princípios constitucionais, em seu elevado grau de generalidade, alguma força normativa, ou a força que tem a norma de aplicação direta. Os princípios consagrados na Constituição, especialmente o da isonomia, não se dirigem apenas ao legislador, como pondera Paulo Bonavides:

> A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais[11].

Andou bem o TST, portanto, quando atribuiu força imperativa ao princípio da igualdade e decidiu, topicamente, pela prevalência do respeito à dignidade e do direito à vida.

18.3.2.4 Efeitos da suspensão contratual no tocante à prescrição

Acerca da prescrição, o tema que inquieta é a possibilidade de o prazo prescricional fluir normalmente quando alguma circunstância estaria a perturbar o contrato a ponto de fazer suspensa a exigibilidade de sua execução. Em dado momento, assentou-se a jurisprudência no sentido de o afastamento por doença ou acidente de trabalho ser incompatível com a fluência de prazo prescricional, pois a enfermidade tolhe, em regra, a possibilidade de o empregado exercer o seu direito de ação (pela singela razão de a doença dificultar qualquer ação física). Assim, não poderia correr a prescrição contra quem não está apto, ou inteiramente apto, a deduzir pretensão em

---

[10] TST, 2ª. Turma, Proc. RR 217791/95.3, Rel. Min. Valdir Righeto, j. 14.5.97. Revista LTr 61-08/1098.
[11] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 257.

juízo – a bem ver, aderimos a essa posição, revendo entendimento exposto em escrito anterior, dado o caráter persuasivo dos fundamentos em contrário.

É evidente que ao legislador do direito civil não ocorreria a idéia de regular essa matéria, incluindo a licença para tratamento de saúde ou em razão de infortúnio como causa de suspensão do prazo de prescrição trabalhista. E disso não cuidaria porque as normas de direito trabalhista são especiais, além de ser estranha, àquele ramo do direito que regula os contratos paritários, a idéia de um contrato ser preservado mesmo durante o período em que a sua execução está suspensa. Essa particularidade da relação de emprego (a de o seu contrato não se resolver ante a impossibilidade de seu cumprimento, apenas se dando a sua suspensão) estaria a exigir do intérprete do direito do trabalho uma posição afirmativa do princípio da proteção, o que resvalaria, necessariamente, para a conclusão *de lege ferenda* de ser a suspensão do contrato de trabalho uma causa de suspensão do prazo prescricional.

Ademais, o direito positivo oferece chancela a tal entendimento. A esse propósito, é de todo coerente entender, como muitas vezes tem entendido o TST, que a alta médica, ao fim do recebimento de auxílio-doença, assemelha-se à condição suspensiva, pois é fato futuro e incerto que faz renascer a condição física necessária ao exercício do direito de ação. Nessa medida, aplicar-se-ia à hipótese o art. 199, I, do novo Código Civil, suspendendo-se o prazo de prescrição. Há decisões da alta Corte Trabalhista[12] que enriquecem a discussão.

Surpreendentemente, a SDI 1 do TST revisitou o tema para adotar a posição que se mostra claramente influenciada pelas normas de direito civil alusivas à prescrição, não obstante a peculiaridade do dilema trabalhista. Em decisão publicada no dia 10/ago/2007 (E-RR-503/2004-002-20-00.0), o ministro Aloysio Corrêa da Veiga ressalvou o seu entendimento contrário mas, na sequência, admitiu que a orientação majoritária naquela corte jurisdicional já se formava no sentido de não compreender o afastamento por doença ou infortúnio laboral como causa de suspensão do prazo prescricional trabalhista.

18.3.3 Casos híbridos. Efeitos jurídicos

Acontece de o empregado se afastar temporariamente do emprego, sem direito a salário *stricto sensu*, mas com direito a exigir outras prestações do empregador. A Lei 8036/90 enumera casos nos quais o FGTS, que a partir da Constituição de 1988

[12] "SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRESCRIÇÃO. NÃO–FLUÊNCIA. 1. Suspenso o contrato de trabalho, em virtude de o empregado haver sido acometido de doença profissional (leucopenia), com percepção de auxílio-doença, opera-se a correlata suspensão igualmente do fluxo do prazo prescricional para ajuizamento de ação trabalhista. Omissa a lei, razoável a invocação analógica do artigo 170, inciso I, do Código Civil Brasileiro, segundo o qual não flui a prescrição "pendendo condição suspensiva". Daí se infere a regra absolutamente prudente de que se o titular do direito subjetivo material lesado está impossibilitado de agir, para tornar efetivo o seu direito, não flui a prescrição. Assim, forçoso reconhecer que, enquanto perdura a enfermidade determinante da paralisação das obrigações bilaterais principais do contrato, o empregado acha-se fisicamente impossibilitado de exercer o direito constitucional de ação. 2. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento para, com supedâneo no artigo 260 do RITST, afastar a prescrição total do direito de ação do autor, determinando o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para análise do mérito da demanda. (TST-ERR-741962/2001; SBDI-1; DJ 13/12/2002; Ministro João Oreste Dalazen)". No mesmo sentido e até admitindo a suspensão do prazo prescricional a partir da omissão do empregador em emitir a CAT: ERR 473491/1998.0, conforme notícia divulgada no *site* do TST em 25/maio/2006.

tem natureza de salário diferido[13], deve ser recolhido durante o afastamento do empregado. São os seguintes:

I. Prestação de serviço militar (art. 15, §5º da Lei 8.036/90 e art. 28, I, do Decreto 99.684/90) ordinário e obrigatório, pois o serviço militar extraordinário acarreta a interrupção do contrato e o engajamento definitivo na carreira militar faz cessar o vínculo de emprego.

II. Licença por acidente de trabalho (art. 15, §5o da Lei 8.036/90 e art. 28, III, do Decreto 99.684/90), com recebimento de auxílio-doença. Interessa, aqui, a licença que excede os quinze primeiros dias de afastamento, porque esta primeira quinzena se caracteriza como interrupção do contrato, com direito a salário pago pelo empregador.

III. A licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 28, IV, do Decreto 99.684/90).

IV. A suspensão causada pela eleição do empregado a cargo de direção da sociedade empresarial, desde que não se mantenha a dependência hierárquica (art. 16 da Lei 8.036/90 e art. 29 do Decreto 99.684/90).

O artigo 4º, parágrafo único, da CLT – nascido ao tempo em que o empregado podia não optar pelo regime do FGTS e então tinha direito à indenização de antiguidade (artigo 478 da CLT) e à aquisição de estabilidade decenal (artigo 492 da CLT) – manda computar, "para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente de trabalho".

Quanto à licença-gestante, vale ressaltar que o salário-maternidade, pago durante o seu gozo, é benefício previdenciário cujo pagamento é adiantado pelo empregador, sendo o seu valor abatido, em seguida, da contribuição previdenciária que tal empregador recolha ao INSS[14]. Ademais, a licença e o benefício estão assegurados nos casos de adoção ou guarda de menor, estendendo-se por 120 dias se a criança tiver até um ano de idade, por 60 dias se a criança tem entre um e quatro anos e por 30 dias se a criança tem entre quatro e oito anos.

Interessa observar – e o estamos a dizer repetidamente – que a suspensão do contrato importa a descontinuidade das obrigações trabalhistas fundamentais, quais sejam, o salário e a disponibilidade da energia de trabalho. Questionar-se-ia, então, se as obrigações secundárias continuariam vigendo, pois do contrário não poderia ocorrer, por exemplo e em meio ao período de suspensão, a dissolução do contrato em razão de justa causa cometida pelo empregado ou pelo empregador.

---

[13] O art. 7º, III, da CF incluiu o FGTS entre os direitos sociais do trabalhador urbano ou rural, não existindo mais, como antes, a possibilidade de os depósitos percentuais, com os seus acréscimos, não reverterem em favor do empregado. A este pode ser negado o direito ao saque, na dissolução do contrato. Ainda assim, o saldo em sua conta vinculada é mantido sob a titularidade do empregado que não o pode levantar, pelo fato de ter pedido demissão ou de ter sido dispensado em por justa causa. Logo, difere-se ou adia-se o pagamento do FGTS ao empregado, mas é este uma clara retribuição pelo trabalho prestado.

[14] *Vide* nova redação do art. 72, §1º, da Lei 8.213/91, dada pela Lei 10.710/2003. A Previdência Social para diretamente o benefício em casos de adoção ou de guarda (art. 71-A da Lei 8.213).

A resposta a essa indagação é, porém, afirmativa, cabendo externar o pensamento de Wagner Giglio[15]: "Suspendem-se efeitos do contrato e ainda assim somente seus efeitos principais – prestação de serviços e pagamento de salários –, sobrevivendo os secundários, implícitos na avenca, de respeito mútuo, fidelidade do empregado etc."

18.4 Conversibilidade da suspensão do contrato

Anota Rodrigues Pinto[16] que todas as modalidades de suspensão contratual são passíveis de conversão de uma classe em outra, a exemplo do que se dá com o afastamento por doença ou em decorrência de acidente de trabalho: a interrupção contratual da primeira quinzena de afastamento converte-se, a partir do décimo sexto dia, em suspensão contratual. Também a suspensão disciplinar pode se converter em interrupção do contrato, quando a Justiça do Trabalho reconhece a ilicitude da pena aplicada ao empregado e ordena, então, o pagamento dos salários correspondentes.

Não se converte em interrupção contratual, porém, a suspensão do contrato por enfermidade ou acidente de trabalho, quando o auxílio-doença, pago pelo INSS, é complementado pelo empregador. Assim sucede nas empresas cujos titulares se obrigam, por contrato individual, regulamento interno ou norma coletiva, a complementar o benefício previdenciário, até que este alcance a paridade com o salário dos empregados em atividade. Lembra Amauri Mascaro Nascimento[17] que esse complemento é acessório de verba previdenciária (destituída de natureza salarial), seguindo a sorte da parcela principal. Se o complemento de benefício previdenciário não é uma modalidade de salário, de interrupção contratual não se há cuidar.

[15] GIGLIO, Wagner. *Justa Causa*. São Paulo: LTr, 1992. p. 40.
[16] *Op. cit.* p. 414.
[17] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Jurídica do Salário.* São Paulo: LTr, 1994. p. 87.

Atualizado em setembro de 2010

19

CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 19.1 Terminologia. 19.2 Resilição do contrato de emprego. Direito potestativo, ônus da prova e aviso prévio. 19.2.1 O aviso prévio. 19.2.1.1 Conceito e cabimento do aviso prévio. 19.2.1.2. Forma do aviso prévio. Aviso prévio de trabalhador menor. 19.2.1.3. Indenização compensatória do aviso prévio. Integração ao tempo de serviço do aviso prévio indenizado pelo empregador. 19.2.1.4 Prazo de aviso prévio. 19.2.1.5 Especificidades do aviso prévio devido pelo empregador. 19.2.1.6 Natureza jurídica do aviso prévio. 19.2.1.7 Aviso prévio e justa causa. Aquisição de estabilidade provisória. 19.2.1.8 Aviso prévio e suspensão contratual. 19.2.1.9 Aviso prévio, prazo para pagamento das resilitórias e prescrição. 19.2.2 Assistência ao empregado demissionário. Empregado menor que se demite. 19.3 Resolução do contrato de emprego. Extinção normal. Justa causa. 19.3.1 A resolução mediante extinção normal do contrato de emprego. 19.3.2 A justa causa – implemento da condição resolutiva tácita. 19.3.2.1 A *justa causa* e a *falta grave.* 19.3.2.2 As justas causas atribuíveis aos empregados. A) Ato de improbidade. B) Incontinência de conduta ou mau procedimento. C) Negociação habitual. D) Condenação criminal. E) Desídia no desempenho das funções. F) Embriaguez habitual ou em serviço. G) Violação de segredo da empresa. H) Indisciplina ou insubordinação. I) Abandono de emprego. J) Ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas. K) Prática constante de jogos de azar. 19.3.2.3 As justas causas atribuíveis aos empregadores. A) Serviços superiores às forças do empregado. B) Rigor excessivo. C) Perigo manifesto de mal considerável. D) Não cumprimento de obrigações do contrato. E) Ato lesivo da honra ou boa fama. Ofensas físicas. F) Redução do trabalho remunerado por peça ou tarefa. 19.3.2.4 A culpa recíproca. 19.3.2.5 Justa causa do empregado doméstico. 19.3.2.6 A resolução do contrato de empregado público. 19.3.2.7 A greve e a resolução contratual. 19.4 Rescisão do contrato de emprego. 19.5 Caducidade do contrato de emprego. A) Morte do empregado. B) Aposentadoria do empregado. C) Morte do empregador. D) Força maior que determina a extinção da empresa. E) *Factum principis.* F) Outros casos de cessação da empresa ou estabelecimento. Falência. Recuperação judicial. Liquidação extrajudicial. G) A confusão como causa extintiva da obrigação trabalhista. 19.6 O regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. 19.6.1 A história e a estrutura do sistema de depósitos. 19.6.2 Alíquotas e titulares do direito ao FGTS. 19.6.3 Natureza jurídica do FGTS. Contribuição social ou salário diferido. A Lei Complementar 110 e sua aparente inconstitucionalidade. 19.6.4 A movimentação da conta vinculada. 19.7 A forma e a força liberatória do recibo firmado no desate contratual. 19.8 Efeitos da cessação do contrato de emprego. 19.8.1 O direito à reintegração. 19.8.2 As prestações típicas da dissolução do contrato. A)

[1] O autor é professor universitário. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

Indenização e integração do período de aviso prévio. B) Férias em dobro, simples e proporcionais. C) Décimo terceiro salário proporcional. D) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e acréscimo indenizatório de 40%. E) Multa do artigo 477, §8º, da CLT. F) Sanção do artigo 467 da CLT. G) Indenização adicional. Artigo 9º da Lei 7238/84. H) Seguro-desemprego. I) Indenização por danos morais.

19.1 Terminologia

Na legislação trabalhista, há uma clara generalização dos termos *rescisão* e *demissão*, usando-se um ou outro quando a lei quer se reportar ao término do liame empregatício, como se esses vocábulos não tivessem um significado técnico específico.

Adiante, veremos que *rescisão* deveria designar a dissolução do contrato em vista da nulidade deste e *demissão* seria – como é em rigor – o ato em que o empregado desata, por vontade sua, a relação laboral. Uma vez que a legislação trabalhista surgiu, no Brasil, para ser operada por agentes do Poder Executivo – a *magistratura do trabalho* surgiu em 1941 e somente na Constituição de 1946 a Justiça do Trabalho se incorporou à estrutura do Poder Judiciário –, parece-nos que a influência de práticas administrativas fez com que a palavra *demissão* fosse usada com o sentido de despedida. Cabe frisar que, no âmbito do direito administrativo, *demissão* é pena contra o servidor público infrator.

Quanto ao uso indiscriminado da palavra *rescisão*, em especial na Consolidação das Leis do Trabalho, parece-nos que se adotou incialmente uma classificação que foi adotada, na doutrina, por Cesarino Júnior e Marly Cardone[2]. Esses autores advogam a existência de dois tipos principais de terminação do contrato de trabalho: "1) o de cessação das relações de trabalho; 2) o de sua rescisão. Distinguem-se em que a cessação resulta de um fato, é involuntária, portanto, ao passo que a rescisão provém de um ato, sendo, em conseqüência, voluntária". Como exemplos de *cessação* do contrato de trabalho, os mencionados laboralistas referem-se à morte do empregado, à aposentadoria e à condenação criminal deste.

É possível tolerar, nessa medida, o caráter pouco técnico da linguagem usada na Consolidação das Leis do Trabalho se compreendemos a sua origem, a classificação que a ela deu azo. Adotaremos, porém, a classificação doutrinária que nos parece mais didática e, por isso mesmo, distinguiremos os modos de cessação do contrato de emprego[3] com base na seguinte tipologia: a) *resilição*; b) *resolução*; c) *rescisão*; d) *caducidade*. Nessa classificação se incluiria, ainda e se estivéssemos cuidando de contrato gratuito[4], a *revogação* – o contrato de emprego é, como antevisto, oneroso.

19.2 Resilição do contrato de emprego. Direito potestativo, ônus da prova e aviso prévio

O contrato de trabalho é *resilido* quando se desfaz por iniciativa das partes ou de uma delas. No âmbito do contrato de emprego, a resilição bilateral ou distrato é de rara

---

[2] CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social:* teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho / A. F. Cesarino Júnior, Marly A. Cardone. São Paulo: LTr, 1993. p. 247.

[3] A palavra *cessação* é empregada como gênero, de que são espécies os vários modos como se realiza o fim do vínculo de emprego.

[4] Ou ainda para o contrato de mandato.

ocorrência[5]. Por sua vez, a resilição unilateral pode acontecer por iniciativa do empregado, quando ele se demite (há *demissão* propriamente dita) do emprego, querendo exonerar-se, assim, das obrigações inerentes ao contrato. Sendo o empregador quem decide resilir o contrato, dá-se então a *despedida* ou *dispensa.*

Regra geral, apenas os contratos por tempo indeterminado são resilidos. Podem sê-lo a qualquer instante e inclusive pelos empregados, pois a estes é assegurada a liberdade de trabalho (artigo 5º, XIII, da Constituição) e, por isso, a liberdade também de não trabalhar. Por outro lado, diz-se comumente que o empregador, no Brasil, está investido do direito potestativo[6] de despedir os seus empregados, ao menos aqueles empregados que não tenham adquirido estabilidade definitiva ou provisória.

Em verdade, o princípio contemplado no art. 7º, I da Constituição é o da "relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa", mas o fato de esse mesmo dispositivo esclarecer que a matéria será regida por lei complementar, a qual preverá a indenização compensatória, dentre outros direitos, terminou por relativizar a adoção, no Brasil, do *princípio da justificação,* que, se aplicado plenamente, exigiria do empregador a indicação do motivo inerente à empresa ou à conduta do empregado que estaria permitindo o ato de dispensa. O art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estatui o valor da indenização[7] devido enquanto não surgir a ansiada lei complementar.

A única indenização a que se obriga o empregador, que promove a resilição arbitrária ou sem justa causa do contrato, é, assim, equivalente a 40% (quarenta por cento)[8] do FGTS do empregado, vale dizer, um valor que pode ser normalmente suportado pelas finanças da empresa e não condiz, afinal, com o valor do bem jurídico que estaria a proteger. Se há direito potestativo, assim sucede porque a Constituição autoriza, na prática, que o empregador dispense o empregado desde que lhe pague alguma indenização, cabendo ao trabalhador submeter-se resignadamente à decisão de despedi-lo, deliberada por seu patrão.

Mas a liberdade de despedir empregados somente faz lembrar que direitos potestativos existem porque o legislador não atendeu ao desígnio constitucional, negligenciando enfim a sua obrigação de editar lei complementar que poderia, *exempli gratia*, fixar indenização onerosa o bastante para inibir a conduta licenciosa do empregador que subtrai de seu empregado, sem qualquer justificativa e inopinadamente, a fonte de sua subsistência.

---

[5] A jurisprudência nos remete a esse tipo de resilição, a resilição bilateral, quando trata dos programas de demissão incentivada, às vezes denominados pleonasticamente de PDV – Plano de Demissão Voluntária.

[6] Direito potestativo seria aquele a que corresponde apenas a sujeição da outra parte.

[7] A indenização prevista no art. 10 do ADCT corresponde a 40% do FGTS.

[8] A Lei Complementar n. 110, de 29 de junho de 2001, previu contribuição social de 10% sobre o saldo na conta-vinculada do FGTS correspondente a todos os depósitos, a ser recolhida nos casos de despedidas ocorridas no prazo nela fixado (e já esgotado). Mas acresceu essa contribuição social ao débito do empregador sem favorecer, diretamente, o empregado, pois a contribuição foi arrecadada para o fundo comum, com o objetivo de custear o pagamento de reajustes do saldo da conta vinculada que foram assegurados pelo Poder Judiciário. A mesma lei institui, também sem favorecer o trabalhador, contribuição social de 0,5% sobre a remuneração mensal do empregado, elevando a 8,5% o recolhimento a cada mês.

Os contratos de emprego são ordinariamente resilidos pelo empregador, di-lo a experiência. Ao empregado não interessa fazer cessar a fonte do salário que lhe provê alimentos e outras necessidades. O ônus de provar o fato extraordinário da resilição por iniciativa do contrato, ou mesmo o advento de causa geradora de resolução ou caducidade, é, por isso, do empregador. Nesse sentido a Súmula 212 do TST[9].

19.2.1 O aviso prévio

19.2.1.1 Conceito e cabimento do aviso prévio

O individualismo exacerbado pode conduzir à sua própria negação. Sendo livre, ou supostamente livre, para contratar, o homem possuía a discrição de se obrigar por toda a vida, impedindo a si próprio de promover o desate do contrato que já não atendia, após vários anos de vigência, à sua mais recôndita esfera de interesses. Era evidente o paradoxo.

Noutra perspectiva, autorizar a ruptura imediata de contratos civis importava assegurar aos contraentes uma discricionariedade lesiva à harmonia das relações sociais. O aviso prévio, tal como se o concebe hoje, foi idealizado para permitir que qualquer dos sujeitos de um contrato por tempo indeterminado pudesse denunciá-lo, contanto que o fizesse cessar após avisar o outro contraente com a antecedência exigida em lei. É uma obrigação, que se realiza mediante uma notificação premonitória, como se extrai do artigo 487 da CLT.

Quer na hipótese de demissão, quer nos casos de despedida, a parte que denuncia o contrato por tempo indeterminado – que é o tipo de contrato que comporta, normalmente, a resilição – obriga-se a conceder o aviso prévio. Portanto, o aviso prévio encontraria seu leito natural na denúncia vazia (dispensa ou demissão sem motivação expressa) de contratos por tempo indeterminado, mas essa regra admite ao menos duas exceções.

Sendo o contrato por tempo determinado, o aviso prévio não é, em princípio, devido, salvo se o contrato contiver a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, referida no artigo 481 da CLT.

Se não há denúncia vazia, o aviso prévio não é devido, salvo na hipótese mencionada no artigo 487, §4º, da CLT, que diz respeito à despedida indireta, ou seja, à resolução do contrato em razão de justa causa cometida pelo empregador. Aí se estará a evitar, como veremos a seu tempo, que o empregado seja prejudicado, financeiramente, quando o empregador comporta-se de modo insidioso com a finalidade de o induzir, maldosamente, a pleitear a resolução do contrato com base no artigo 483 da CLT.

19.2.1.2. Forma do aviso prévio. Aviso prévio de trabalhador menor

É preferível que o aviso prévio seja concedido por escrito, mas nada obsta que o seja verbalmente, cabendo sempre à parte denunciante o ônus da prova. É inconcebível, contudo, o aviso prévio tácito ou presumido. Carlos Alberto de Paula[10] sustenta tais regras a propósito da forma do aviso prévio e consente que o menor possa pré-avisar o

---

[9] Súmula 212 do TST: "O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado."

[10] PAULA, Carlos Alberto Reis de. O aviso prévio. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo : LTr, 1993. p. 534.

empregador sem estar assistido por seu responsável legal[11], pois somente lhe seria vedado assinar, sem assistência, o recibo rescisório (*rectius:* recibo relativo à cessação do contrato). Pensamos, todavia, assistir razão a Vantuil Abdala, ao sustentar posição contrária, sob o argumento de o artigo 439 da CLT, que autoriza o menor a assinar recibos de salário sem a assistência de seu responsável legal, merecer interpretação restritiva.

19.2.1.3. Indenização compensatória do aviso prévio. Integração ao tempo de serviço do aviso prévio indenizado pelo empregador

Se a parte, que pretende dissolver o contrato por tempo indeterminado, não pré-avisa a outra, incorre ela nas sanções legais, a saber: o empregado que não concede o aviso prévio ao empregador dá a este o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo do aviso (art. 487, §2º, da CLT); o empregador que não pré-avisa o empregado da dispensa, com antecedência mínima de trinta dias (artigo 7º, XXI, da Constituição), deve pagar-lhe uma indenização de valor equivalente ao salário[12] do período de aviso prévio, integrando esse período ao tempo de serviço do trabalhador para efeito de cálculo dos duodécimos de férias e 13º salário, bem assim do recolhimento do FGTS (Súmula 305 do TST).

Note-se que a integração do período de aviso prévio ocorre apenas nas hipóteses em que é do empregador a iniciativa de resilir o contrato e ele não pré-avisa o empregado (artigo 487, §1º, da CLT). Nesse caso, devem ser calculadas as parcelas resilitórias com base na remuneração que seria devida no período de aviso – incorporado ao tempo de serviço –, incidindo nesse cálculo o reajuste salarial porventura assegurado, no trintídio do aviso prévio indenizado, à categoria profissional – não importa se o empregado recebeu as verbas da resilição contratual antes de ser concedido o reajuste. É o que reza o artigo 487, §6º, da CLT. Se o empregado é dispensado, no dia 30/maio/2002, sem a prévia dação do aviso, aproveita-lhe o reajuste salarial acaso concedido no mês de junho de 2002, ainda que ele receba, antes de junho, as verbas resilitórias.

Há orientação jurisprudencial[13] recomendando, também, a anotação na CTPS do período de aviso prévio, ou seja, a inclusão deste no tempo de vigência do contrato. Trata-se de tendência sedutora, ante a dicção do artigo 487, §1º, da CLT, que manda integrar *sempre* o trintídio de aviso prévio ao tempo de serviço. A nossa posição é crítica no tocante a esse entendimento, ao menos enquanto não estiver firme a jurisprudência acerca de a anotação do período de aviso prévio na carteira de trabalho surtir o resultado prático der esse tempo computado para fim de aposentadoria. Ao não produzir tal efeito, a anotação criaria uma ilusão para o empregado, nada mais que isso. E como a norma constitucional foi emendada para que os empregados contem, para efeito de aposentadoria, o tempo de contribuição[14] (não mais o tempo de serviço), sustentamos que somente os operadores do direito que considerassem o aviso prévio indenizado como salário de contribuição podem defender, coerentemente, a anotação do período de aviso prévio indenizado na CTPS.

Não obstante alguma oscilação na jurisprudência, parece razoável entender que se exige a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, pois a Lei 8.212, de

---

[11] *Op. cit.* p. 531.
[12] Ao salário, e não à remuneração. A gorjeta não se inclui na base de cálculo da indenização do aviso prévio, como recomenda a Súmula 354 do TST.
[13] Orientação jurisprudencial n. 82 da SDI 1 do TST.
[14] *Vide* artigo 201, §9º, da Constituição.

1991, não inclui tal parcela entre aquelas que estariam imunes a essa incidência. Seguindo essa linha, a Instrução Normativa n. 20 de 11/01/2007, do INSS, passou a exigir a cobrança de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, balizando assim o procedimento das auditorias fiscais. Logo, a anotação do período de aviso prévio indenizado na CTPS do empregado ganha um efeito que, em última análise, empresta-lhe coerência, qual seja, o efeito de computar-se esse tempo de aviso prévio para efeito de aposentadoria.

19.2.1.4 Prazo de aviso prévio

Segundo o que preceitua o artigo 7º, XXI, da Constituição, os trabalhadores urbanos e rurais têm direito a aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias. Sobre o modo de contagem do prazo de aviso prévio, viceja a vertente jurisprudencial que adota a regra contida no artigo 125 do antigo Código Civil (artigo 132 do Código Civil que vigerá a partir de 2003): exclui-se o dia de começo, incluindo-se o do vencimento, conforme recomenda a Súmula 380 do TST.

A referida proporção do período de aviso prévio com o tempo de serviço é auspiciosa, mas por ora não está regulamentada em lei, sendo isolados os casos em que normas coletivas já a estabelecem. Ademais, uma parte expressiva da doutrina bradou que o prazo de aviso prévio era de trinta dias no mínimo, sem perceber, aparentemente, que tal extensão de tempo foi assegurada como direito social dos trabalhadores, apenas destes, dada a finalidade específica que o aviso prévio tem para o empregado, qual seja, a procura por novo emprego.

Não nos parece consistente, portanto, a tese de que estaria derrogado, também no tocante ao aviso dado pelo empregado, o inciso I do artigo 487 da CLT, que fixa em oito dias o período de aviso prévio para empregados que recebem salário a cada semana ou com periodicidade inferior. Não há sentido em se apegar a uma suposta simetria – que sempre foi parcial – entre o aviso concedido pelo empregador e o dado pelo empregado.

E porque essa completa simetria nunca existiu por completo, nem a finalidade do aviso prévio é a mesma em relação a cada um dos sujeitos do contrato, esse raciocínio nos leva a deduzir que o empregador doméstico está obrigado a conceder aviso prévio (artigo 7º, parágrafo único, da Constituição), mas não há norma jurídica prevendo igual obrigação por parte do empregado doméstico demissionário.

19.2.1.5 Especificidades do aviso prévio devido pelo empregador

Vimos duas diferenças entre o aviso prévio devido pelo empregado e aquele a que se obriga o empregador: o tempo mínimo de trinta dias para o aviso prévio devido pelo empregador (não há norma exigindo tempo mínimo para o aviso devido pelo empregado) e a integração ao tempo de serviço do período de aviso prévio indenizado pelo empregador (não se verifica essa projeção no tempo de serviço quando o empregado negligencia essa obrigação).

A terceira diferença é, certamente, aquela que concerne à redução de jornada ou dias de trabalho durante o período de aviso prévio, toda vez em que é este regularmente concedido pelo empregador (artigo 488 e parágrafo único, da CLT). Quando é o empregado quem dá o aviso prévio, continua ele a prestar sua jornada normal, sem redução de carga horária.

O empregador que concede o aviso prévio obriga-se a reduzir em duas horas[15] a jornada normal do empregado, salvo se este, o trabalhador, optar por não laborar durante sete dias consecutivos, sem prejuízo do salário. Cuidando-se de trabalhador rural eventualmente dispensado, assiste-lhe o direito de não trabalhar em um dia por semana, no período de aviso prévio[16]. Orienta a Súmula 230 do TST que é ilegal substituir o tempo que se reduz da jornada de trabalho, no período de aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes. Não tem valia jurídica, assim, o aviso prévio que é concedido sem a redução da jornada ou dias de trabalho. Se tal suceder, faculta-se ao empregado, urbano ou rural, pedir que o aviso prévio, irregularmente concedido, seja indenizado e integrado ao seu tempo de serviço.

Tais regras se justificam na medida em que o período de aviso prévio deve ser utilizado para a busca e possível obtenção de novo emprego, pelo trabalhador. Também por isso, ao empregador é vedado fazer coincidir com o período de aviso prévio o gozo de férias do empregado ou o tempo de estabilidade provisória[17].

19.2.1.6 Natureza jurídica do aviso prévio

Quanto à natureza jurídica do aviso prévio, reveste-se este de natureza *receptícia* e *constitutiva*. As declarações receptícias são aquelas que somente se tornam eficazes no momento em que recebidas por aqueles aos quais se dirige. Orlando Gomes[18] explica: "Se alguém pretende despedir um empregado, a despedida só se efetiva quando este vem a ter conhecimento [...] da declaração do empregador". E o aviso prévio é uma declaração constitutiva porque, tão logo concedido, acarreta a efetiva dissolução do contrato (artigo 489 da CLT). Caso a parte notificante queira reconsiderar o seu ato, antes de se encerrar o período de pré-aviso, a sua retratação só surte efeito se contar com a aceitação da parte adversa.

19.2.1.7 Aviso prévio e justa causa. Aquisição de estabilidade provisória

É evidente que o aviso prévio não imuniza as partes dos seus demais deveres, inerentes ao conteúdo do contrato de emprego. O empregador que comete justa causa em meio ao período de aviso prévio deve tolerar a imediata dissolução do vínculo, sem prejuízo de dever o salário correspondente ao restante do prazo do aviso (artigo 490 da CLT). Se é o empregado quem pratica justa causa antes de esse prazo se exaurir, perde ele o direito ao salário relativo ao tempo que faltava para completá-lo (artigo 491 da CLT).

Por outro lado, a jurisprudência não tem admitido a aquisição de estabilidade provisória após a concessão do aviso prévio, se a estabilidade é motivada por ato volitivo do empregado (*verbi gratia*, o registro de candidatura à direção de sindicato ou CIPA). Assim recomenda a Súmula 369, IV, do TST.

---

[15] Observam Orlando Gomes e Élson Gottschalk (*Op. cit.* p. 360) que "a regra geral estabelecida não permite distinção para atender, por exemplo, aos casos de jornadas mais reduzidas, por força de lei ou por disposição contratual. Assim, o empregado que tenha uma jornada de duas horas (médico, guarda-livros etc.) estaria, por força de lei, desobrigado de comparecer ao serviço durante o período de aviso prévio. Ainda que não tenha trabalhado nesses pequenos intervalos diários, o empregado tem direito a perceber o salário correspondente, a título de licença remunerada".

[16] *Vide* artigo 15 da Lei 5889, de 1973.

[17] *Vide* Súmula 348 do TST.

[18] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* p. 251. O autor cita, como exemplo de declaração não receptícia, a do testador, que transmite seus bens *causa mortis.*

19.2.1.8 Aviso prévio e suspensão contratual

Questão tormentosa se mostrou, inicialmente, a alusiva à possibilidade de o contrato de emprego ser suspenso durante o período de aviso prévio, em razão, por exemplo, de enfermidade ou de acidente de trabalho. Carlos Alberto Reis de Paula[19] teve oportunidade de sustentar que o fato não prejudicava o aviso prévio nem prorrogava a vigência do contrato, pois a sua natureza jurídica assenta-se no direito potestativo do empregador, mantendo-se sua responsabilidade até o dia em que a denúncia do contrato se consuma. Mas o autor admitia a contrariedade de Russomano e de Hirosê Pimpão, pois sustentavam ambos que o aviso prévio permite ao empregado a procura de novo emprego, restando impossível alcançar esse objetivo quando o trabalhador adoece, nesse meio tempo.

O Tribunal Superior do Trabalho adotou essa última posição, conforme se extrai da Súmula 371 do TST: "A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário".

19.2.1.9 Aviso prévio, prazo para pagamento das resilitórias e prescrição

Por fim, o fato de o aviso prévio ser concedido ou, em vez disso, indenizado repercute no prazo legal fixado para pagamento das verbas resilitórias e no prazo de prescrição bienal, que flui a partir da cessação do contrato de emprego.

Sendo o aviso prévio regularmente concedido, as verbas da resilição contratual devem ser pagas no dia útil imediato ao término do contrato (artigo 477, §6º, a, da CLT), salvo se o empregado cumprir o aviso prévio em casa, sendo liberado do trabalho nesse período e obtendo, então, o direito de receber as citadas verbas no decêndio seguinte ao dia em que foi informado da dispensa[20].

Quanto ao prazo de prescrição bienal nos casos em que o aviso prévio é normalmente concedido, encerra-se o biênio, como não poderia deixar de ser, na mesma data do segundo ano seguinte ao da cessação do vínculo.

Mas se o aviso prévio é indenizado pelo empregador, integrando-se ao tempo de serviço o seu período, decerto que o prazo para pagamento das verbas resilitórias será de dez dias a partir do dia da cessação do contrato (artigo 477, §6º, b, da CLT). Aqui como lá, o não pagamento nesse prazo tornará devida a multa, prevista no artigo 477, §8º, da CLT. No tocante à prescrição bienal, cabe notar que o prazo prescricional foge à regra mais comum no trato da prescrição, que é a da *actio nata*.

Usualmente, a prescrição flui a partir da lesão e, via de conseqüência, do nascimento da ação, vale dizer, da exigibilidade da pretensão. Assim se dá com a prescrição qüinqüenal. Entretanto, o Poder Constituinte de 1988 inovou ao condicionar o término da prescrição trabalhista ao transcurso de dois anos, contados da cessação do contrato de

---

[19] *Op. cit.* p. 529.
[20] *Vide* orientação jurisprudencial n. 14 da SDI 1 do TST.

emprego. E o prazo bienal é prescritivo (não é decadencial[21]), porque corre contra uma pretensão de natureza condenatória.

Não havia, mesmo, limites que pudessem divisar a atuação do Poder Constituinte, no tocante à matéria sob exame. Se optou por desprezar, pontualmente, o princípio da *actio nata*, fê-lo porque podia. E como o artigo 487, §1º, da CLT projeta o período de aviso prévio indenizado no tempo de serviço do empregado, não temos dúvida de que o biênio prescricional deve levar em conta esse trintídio, iniciando-se ao seu término. Assim se posicionou, não por acaso, o Tribunal Superior do Trabalho, através da orientação jurisprudencial n. 83 da sua Seção de Dissídios Individuais n. 1.

19.2.2 Assistência ao empregado demissionário. Empregado menor que se demite

O artigo 477, §1º, da CLT estatui que o pedido de demissão ou recibo de quitação, firmado por empregado com mais de um ano de serviço, é válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho. Valentin Carrrion[22] observa que a ausência dessa formalidade é mais grave no pedido de demissão do que no de pagamento, pois naquele primeiro caso "deseja-se preservar não só a autenticidade de manifestação havida como a data, e ainda afastar a ausência de pressões ou abuso sobre o estado de ânimo claudicante do empregado em virtude de algum revés momentâneo sofrido no ambiente de trabalho ou fora dele. Mesmo que se prove a autenticidade do pedido de demissão não homologado, prevalece o posterior arrependimento".

Com igual rigor, o Tribunal Superior do Trabalho tem invalidado o pedido de demissão sem a assistência por sindicato ou Ministério do Trabalho, após o primeiro ano do contrato. *Verbis:*

> VALIDADE DO INSTRUMENTO DE RESCISÃO – AUSÊNCIA DO SINDICATO. Consigna, expressamente, a norma do parágrafo primeiro, do artigo quatrocentos e setenta e sete, da CLT, que o pedido de demissão de empregado com mais de um ano de serviço somente é válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho. Este preceito é tutelar e de ordem publica, a exemplo do artigo quinhentos, da CLT. Sem obediência às formalidades legalmente exigidas, a quitação apresenta-se carente de valor jurídico, não produzindo qualquer efeito legal. Neste compasso, torna-se insubsistente a compensação deferida pelo egrégio Tribunal Regional, entre as verbas pleiteadas e aquelas constantes do recibo de quitação firmado sem a presença do sindicato de classe. Recurso conhecido e provido. [23]

---

[21] Regra geral, o prazo decadencial corre contra a pretensão de natureza constitutiva, a exemplo daquela em que o empregador quer obter da Justiça do Trabalho a *des*constituição do vínculo empregatício, sendo o empregado detentor de estabilidade acidentária. Ao estudarmos estabilidade, parecerá ainda mais nítida essa distinção.

[22] *Op. cit.* p. 347.

[23] TST, 3ª T., Proc. n. RR 280016/96, Rel. Ministro Jose Zito Calasãs Rodrigues, Decisão em 16/09/98, DJ 09/10/98, p. 451. No mesmo sentido: TST, 3ª T., Proc. n. RR 3385/88, Rel. Min. Ermes Pedrassani, DJ 26/05/89, p. 8993; TST, 4ª T., Proc. n. RR 176816/95, Rel. Min. Leonaldo Silva, DJ 10/05/96, p. 15393; TST, 5ª T., Proc. n. RR 78152/93, Rel. Min. Wagner Pimenta, DJ 08/04/94, p. 7468; TST, 3a T., Proc. n. RR 116093/94, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, DJ 15/3/93, p. 7356, sendo um advogado o empregado que praticou demissão, neste último julgamento da 3ª Turma do TST.

A assistência sindical ou ministerial é exigível nos casos em que o empregado conta mais de um ano, sustentando Valentin Carrion[24] que se integra, para esse efeito, o período de aviso prévio indenizado. É com *venia* que, em parte, discordamos, pois essa posição só deve ser adotada se é incontroverso que houve dispensa do empregado. Se o empregado não completou um ano de emprego, pode demitir-se e, se o fizer sem conceder antes o aviso prévio, pode ser descontado o salário do período de aviso prévio, mas sem integração desse período ao tempo de serviço. Entender que se presume a invalidade da demissão praticada pelo empregado sempre que a integração do período de aviso prévio (que seria indenizado se cuidássemos de despedida) importar a extrapolação do primeiro ano de contrato, implicaria a invalidade de qualquer pedido de demissão a partir do décimo primeiro mês do contrato, pois se daria, inevitavelmente, a integração do aviso prévio – devido, em conseqüência, pelo empregador. Invertem-se causa e efeito, ignorando-se, num átimo, a vontade do legislador.

Outra questão, invariavelmente tormentosa, é aquela que gravita em torno da possibilidade de o menor demitir-se do emprego, sem a assistência de seu responsável legal, especialmente quando o faz antes de completar o primeiro ano de emprego. Mais uma vez, entendemos que não se reveste de validade o ato praticado por menor ao início e ao fim do contrato, sem a devida assistência. Extrai-se do artigo 439 da CLT que somente os atos de execução do contrato de emprego, não os de constituição ou desconstituição deste, podem se realizar sem a assistência do menor por seu responsável legal. A matéria não tem trato uniforme, contudo, pela jurisprudência trabalhista, como se pode notar ao exame de ementa relativa a julgamento da Primeira Turma do TST:

> MENOR - PEDIDO DE DEMISSÃO – VALIDADE. A validade do pedido de demissão apresentado por trabalhador menor de idade está condicionada à assistência de seu representante legal ao ato praticado. Revista conhecida e provida. [25]

Em sentido contrário, pela validade do pedido de demissão firmado por menor não assistido, a decisão da Terceira Turma do TST[26]:

> MENOR– PEDIDO DE DEMISSÃO – VALIDADE – ARTIGO QUATROCENTOS E TRINTA E NOVE DA CLT. O menor pode, validamente, pedir demissão sem assistência de seus responsáveis legais. O artigo quatrocentos e trinta e nove da CLT apenas veda a ele firmar recibo de quitação de indenização final, em decorrência de rescisão do contrato de trabalho. A possibilidade de anulação da demissão depende, portanto, da demonstração de vício de vontade, como previsto em lei. Recurso de revista desprovido."

A respeito das prestações devidas em cada hipótese de resilição contratual trataremos, adiante, no subitem relativo aos efeitos da cessação do contrato de emprego.

19.3 Resolução do contrato de emprego. Extinção normal. Justa causa

Ainda preferimos a enumeração das hipóteses de resolução contratual que era sugerida por Délio Maranhão[27], em curso de sua única lavra. Ao menos quando incluía o

---

[24] Cf. Valentin Carrion, *Op. cit.*, p. 348.
[25] TST, 1ª T., Proc. n. RR 211789/95, Rel. Min. Ursulino Santos, Decisão em 04/02/98, DJ 20/03/98, p. 268.
[26] TST, 3ª Turma, Proc. n. 182167/95, Rel. Manoel Mendes de Freitas, Decisão em 03/09/97, DJ 26/09/97, p. 47925.

renomado autor, entre os casos de resolução contratual, também aqueles que não dependiam de intervenção judicial. E esclarecia não ser a sentença desconstitutiva do Poder Judiciário da essência do ato resolutivo, pois mesmo o artigo 119, parágrafo único, do Código Civil de 1916, prescrevia:

> "A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo".

O artigo 474 do novo Código Civil também prevê que "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial". O importante é perceber que o vocábulo *resolver* não tem o significado, aqui, de indicar a solução para uma contenda, decidindo-a. Mas estaremos a tratar de fatos que, com ou sem intervenção judicial, *resolvem* o contrato de emprego porque o extinguem, desfazem-no, reduzem-no à inexistência, resguardando os direitos adquiridos e o eventual direito a perdas e danos.

Nesse sentido, os sujeitos do contrato de emprego não resolvem o contrato, mas se submetem à ação do fato resolutivo e dele se valem, para manifestar, através da dispensa por justa causa ou da declaração de *despedida indireta* pelo empregado, o seu interesse de pôr fim ao contrato de trabalho.

Superada essa digressão semântica, cabe notar que são basicamente dois os casos (que se repartem) de resolução do contrato de emprego:

a) A extinção normal do contrato em virtude de sua completa execução

b) A violação de obrigação contratual que atraia a incidência da cláusula resolutiva tácita

Sobre as parcelas resolutórias que são devidas em cada um dos casos, cabe examinar o subitem específico, logo adiante. Estudemos, antes, o modo como se realiza cada qual.

19.3.1 A resolução mediante extinção normal do contrato de emprego

O contrato de emprego somente se extingue *normalmente* quando está ele sujeito a condição resolutiva expressa ou termo final. O implemento da citada condição ou o advento do termo final, certo ou incerto, implica a extinção do contrato porque se o tem, então, como cumprido.

19.3.2 A justa causa – implemento da condição resolutiva tácita

A seu tempo, enaltecemos uma característica comum dos contratos bilaterais, que é a de conterem uma condição resolutiva tácita, ou seja, a possibilidade de um de seus sujeitos o ter por resolvido em razão da inadimplência do outro sujeito do contrato. É o que sucede no vínculo de emprego, sempre que o empregado ou o empregador age de modo a enquadrar sua conduta em uma das justas causas enumeradas nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente.

Discute, às vezes, sobre estarem todas as possíveis justas causas enclausuradas na CLT ou, em vez disso, se os dispositivos regentes da matéria seriam apenas enunciativos. A discussão se esvazia, porém, na medida em que se percebe o grau de

---

[27] MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* Atualização por Luiz Inácio Barbosa Carvalho. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993. p. 233.

generalidade dos dispositivos legais em questão – é rara a conduta socialmente reprovável ou contratualmente incompatível que não pode, afinal, subsumir-se em um dos citados tipos legais, que mais adiante serão, por nós, destrinçados.

Como quer que seja, a justa causa tem características que não podem ser olvidadas, quais sejam: a) a gravidade; b) a atualidade; c) a imediatidade.

A infração é *grave* se quebra a relação de confiança que deve existir entre empregado e empregador, tornando insuportável a manutenção do vínculo. Não há maior relevância no fato de a infração também se configurar, ou não, um delito civil ou mesmo penal. Sendo tal que não se possa exigir da parte inocente a mantença da relação laboral, caracterizada estará a justa causa. Havendo a correlação entre o ato faltoso e a rotina de trabalho, com interferência, por exemplo, na imagem da empresa, na confiabilidade ou na harmonia da relação que a une à outra parte, sobreleva o ilícito trabalhista.

A conduta se afigura *atual* quando é recente, não tendo decorrido tempo bastante para que, em cada caso e sempre com apoio no princípio da razoabilidade, possa se inferir o *perdão tácito*. Segundo Evaristo de Moraes Filho[28], "a justa causa deve ser atual, isto é, contemporânea ao próprio ato de rescisão contratual. E isto tanto é verdadeiro para decisão do empregador, como para a do empregado". Doutrina e jurisprudência têm enfatizado, contudo, que o tempo despendido, pelo empregador, em sindicâncias internas ou investigações sérias, visando à certeza sobre a prática da conduta faltosa, sua dimensão e autoria, não desfigura a atualidade. Ao revés, convém que a imputação de falta, com seqüelas imprevisíveis, seja precedida de apuração e, sendo possível ou exigível por norma regulamentar ou coletiva, com a observância do contraditório. Um parêntese necessário: alguns laboralistas referem-se a *imediatidade* como sinônimo de *atualidade*.

O caráter da *imediatidade* ou *determinância* é constatado nos casos em que a falta e a ordem de dispensa, tratando-se de justa causa cometida por empregado, correlacionam-se diretamente. Sobrevindo a dispensa do empregado, a pretexto de ter o mesmo cometido ato de improbidade, mas verificando o empregador, após dispensá-lo, a inocorrência do aludido ato, não poderá perseverar na alegação de justa causa com base em outra conduta do empregado, ainda que estejam presentes, quanto a essa outra conduta, os demais pressupostos da justa causa. A relação de imediatidade é, aqui, etiológica, de causa e efeito imediato, não se confundindo com o pressuposto antevisto da atualidade.

19.3.2.1 A *justa causa* e a *falta grave*

Vários expoentes do direito do trabalho preferem não distinguir os conceitos *justa causa* e *falta grave*. Mas a distinção é útil, pois, como veremos no próximo tópico, existem casos de estabilidade que impedem a dissolução do contrato, senão na hipótese de o empregado perpetrar falta grave, apurada na forma da lei.

Segundo o artigo 494 da CLT, "constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado". Logo, a falta é de tal ordem se nela sobressai, mais que em outras, a gravidade (natureza grave), ou há, dela, uma inconveniente reiteração.

---

[28] MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho.* 3ª edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1996. p. 109.

O modo de apurar essa justa causa mais grave ou repetida, a falta grave, é o inquérito judicial, facultando-se ao empregador suspender o empregado e ajuizar o citado inquérito no prazo decadencial de trinta dias, pois do contrário não poderá obter sentença que desconstitua o contrato de emprego. É um caso típico, como adiante se perceberá, de resolução contratual.

19.3.2.2 As justas causas atribuíveis aos empregados

Além do casuísmo previsto no artigo 482 da CLT, podemos referir outras condutas, igualmente previstas em lei ou referidas pela jurisprudência, que também se configuram justas causas cometidas por empregado. São exemplos a recusa de entregar a carteira de trabalho para a anotação pelo empregador, exigida pelo artigo 29 da CLT; a resistência de usar os equipamentos de proteção individual que neutralizam a insalubridade (artigo 191, II, conforme artigo 158, parágrafo único, ambos da CLT) e a falta contumaz de pagamento, por bancário, de dívidas legalmente exigíveis (artigo 508 da CLT).

Mas as justas causas mais comumente alegadas são mesmo aquelas que se subsumem nas alíneas do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, cabendo esclarecer como os agentes do direito do trabalho vêm reduzindo o sentido de cada um desses tipos legais.

Nós nos pouparemos, entretanto, de tratar da justa causa referida no artigo 482, parágrafo único, da CLT, pois faz ele menção a ato atentatório à segurança nacional, em consonância com uma norma excepcional que já não tem eficácia, atendendo a circunstâncias históricas que não deixaram boa lembrança.

A) Ato de improbidade

Improbidade é expressão com significado muito abrangente, pois ímprobo é todo aquele que age em desacordo com a Moral. Na era da diversidade cultural, os preceitos morais não variam somente em razão de sua alta carga de subjetividade, mas também e sobremodo pela influência dos onipresentes meios de comunicação na interação entre comunidades ou culturas diferentes.

Atomizando esse virtual conflito, a jurisprudência tem associado a improbidade referida na alínea *a* do artigo 482 da CLT à conduta lesiva ao patrimônio do empregador ou de colegas de trabalho.

B) Incontinência de conduta ou mau procedimento

Incontinência de conduta denota especialmente, segundo a orientação jurisprudencial prevalecente, o desvio de comportamento sexual. É interessante notar, sob o escólio de Wagner Giglio[29], que a legislação consolidada referia-se a *improbidade ou incontinência de conduta*, como se essas expressões tivessem sentido aproximado. Mas os Procuradores do Trabalho que elaboraram a Consolidação das Leis do Trabalho preferiram unir, em outra alínea e sem a intenção de estabelecer a sinonímia, a incontinência de conduta e o mau procedimento.

Mau procedimento é um conjunto de palavras que abarca um sentido novamente muito amplo, optando os doutrinadores por classificarem como tal "o

[29] GIGLIO, Wagner D. *Justa causa.* São Paulo: LTr, 1992. p. 69.

comportamento incorreto do empregado, através da prática de atos que firam a discrição pessoal, as regras do bem viver, o respeito, o decoro e a paz; atos de impolidez, de grosseria, de falta de compostura, que ofendem a dignidade". Após se referir assim, Wagner Giglio[30] assinala que, sendo vagas essas noções, "o mau procedimento faz as vezes de vala comum, no enquadramento dos atos faltosos: tudo que incompatibilize o empregado com o exercício de suas funções, tudo que autorize e justifique a dispensa – e não possa ser classificado como outra justa causa específica – é *encaixado* como mau procedimento". Com propriedade, Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina Batalha de Rodrigues Netto[31] rematam:

> Não é possível apurar-se a incontinência de conduta e o mau procedimento *in abstrato*, mas *in concreto*, atendendo-se às circunstâncias específicas e, sobretudo, à intenção de provocar perturbação, escândalo ou desrespeito à harmonia indispensável no ambiente de trabalho. Assinale-se que a incontinência e o mau procedimento devem apurar-se no ambiente de trabalho e não alhures. Pouco importa o comportamento do trabalhador fora do ambiente de trabalho, desde que aquele não tenha reflexos negativos neste. Nas zonas rurais, onde os trabalhadores se vinculam por relações de vizinhança, nas denominadas colônias, o comportamento do trabalhador pode ter reflexo no contexto familiar dos outros empregados que convivem no mesmo ambiente, e esta circunstância não pode escapar à atenção do julgador.

C) Negociação habitual

A *negociação habitual* é justa causa quando, segundo a dicção do artigo 482, *c*, da CLT, ocorre por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador, e quando constitui ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou é prejudicial ao serviço.

A *negociação* não é aqui compreendida como *ato de comércio*, pois, embora o dispositivo seja originário da legislação que cuidava de matéria mercantil[32], o vocábulo deve ser abrangente de todas as atividades do empregado que visam a obtenção de lucro[33], sejam industriais, comerciais, rurais, de transporte etc.

Além disso, a caracterização dessa justa causa não prescinde da *habitualidade* e da *ausência de permissão*, expressa ou tácita[34], do empregador.

Necessário é, igualmente, que a atividade do empregado seja *concorrente* com a do empregador (vendas avulsas de cosméticos quando se trabalha em loja do mesmo ramo; conserto de veículos ou equipamentos nos intervalos concedidos pela empregadora, porventura uma oficina que se dedica a essa atividade etc.) ou lhe seja *prejudicial* (ausência

---

[30] *Op. cit.* p. 70.

[31] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Rescisão contratual trabalhista:* despedida arbitrária individual/coletiva. São Paulo: LTr, 1997. p.115.

[32] Cf. Wagner Giglio, *Op. cit.*, p. 82.

[33] Assim se posicionam Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 82), Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto (*Op. cit.* p. 115. Os autores lembrar que *negócio* significa *nec-otium*, ou seja, atividade não ociosa, vale dizer, lucrativa ou que colima o lucro) e Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 361), este último a secundar Dorval Lacerda. Contrária, pois a sustentar que *negociação* diz respeito a *ato de comércio*, é a orientação de Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 326).

[34] Cf. Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto (*Op. cit.* p. 116).

do empregado ao trabalho para se dedicar ao outro serviço[35]), ainda que esse prejuízo seja virtual.

Não havendo *atividade que visa ao lucro, habitualidade, não autorização do empregador* e *concorrência* ou *prejudicialidade*, estará assegurada a liberdade de trabalho. Salva-se apenas a hipótese de a cláusula de exclusividade ser contratual e, portanto, vinculativa[36].

D) Condenação criminal

O artigo 482, *d*, da CLT prescreve a condenação criminal como uma espécie de justa causa, mas explicita que a sentença condenatória deve ter transitado em julgado e que essa justa causa estará desfigurada se houver concessão do *sursis*, vale dizer, da suspensão da execução da pena. O legislador não desprezou o fim social que é inerente à norma de direito penal, qual seja, a ressocialização do apenado. Em vez disso, teve em vista a impossibilidade de trabalho, dada a segregação do empregado pela Justiça Criminal. O que configura a condenação criminal como justa causa é, antes, a privação de liberdade, que impede a prestação laboral[37].

Assim, a pena restritiva de direito ou mesmo o benefício de prisão-albergue, que implica o recolhimento à prisão somente à noite, não autorizam a dispensa por justa causa[38]. Quando é decretada a prisão preventiva do empregado, mas se o absolve ao final do processo-crime, inexiste condenação criminal com trânsito em julgado que lhe possa ser irrogada. Não há justa causa.

Nada obsta, porém, que o empregador enquadre a conduta do empregado, sendo o caso, como *ato de improbidade* ou *mau procedimento*, despedindo-o por justa causa, na hipótese de a condenação criminal não importar a aplicação de pena privativa de liberdade.

E) Desídia no desempenho das funções

Desídia é sinônimo de negligência, incúria, indolência. Implica desleixo, e não incapacidade ou imperícia. É justo que o empregador cobre do empregado, em situação de normalidade, uma quantidade de trabalho que corresponda à produção de um ser humano com as características desse seu empregado – consideremos a aptidão menor de um deficiente físico ou de um menor aprendiz – ou, regra geral, de um homem mediano.

O artigo 482, *e*, da CLT prevê, como justa causa, a desídia *no desempenho das funções*, pois não se deveria conceber que a negligência pudesse ser percebida na inação. Apesar disso, há doutrina e jurisprudência remansosas que enquadram a falta ao trabalho ou

---

[35] Cf. Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 326) e Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 84).

[36] Cf. Sergio Pinto Martins (*Op. cit.* p. 326). Mas o autor esclarece que, através da cláusula da não-concorrência, "não pode haver uma proibição total do trabalho. O ideal é que fosse limitada no tempo. Em caso de violação da previsão contratual, o empregado pode responder por perdas e danos ou de acordo com cláusula penal, caso tenha sido ajustada".

[37] Neste sentido, Dorval de Lacerda, secundado por Rodrigues Pinto (*Op. cit.* p. 471), e Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 361), que faz remissão a Gomes e Gottschalk e a Délio Maranhão, além de Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 105).

[38] Cf. Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 361).

a impontualidade como manifestações de desídia, o que parece uma contradição em termos[39].

Contudo, quando o empregado negligencia a sua obrigação de manter um ritmo razoável de trabalho, inviabilizando, assim, o regular funcionamento da engrenagem que depende de sua contribuição para produzir bens ou serviços, a sua desídia, mormente se contumaz, é conduta que se tipifica como justa causa e autoriza a dispensa.

F) Embriaguez habitual ou em serviço

São duas as situações que, segundo a expressão legal, devem-se distinguir: a *embriaguez costumeira* ou a *embriaguez em serviço*. A princípio, para a configuração da justa causa sob exame basta uma só manifestação de embriaguez durante o cumprimento da jornada de trabalho ou, em outras circunstâncias, a sucessiva turbação alcoólica fora do ambiente ou do tempo de trabalho. O torpor, que a ingestão desmesurada de álcool provoca, degenera o caráter do homem e o expõe à irrisão ou ao medo, à inércia ou à atividade motora desordenada, causando insegurança e apreensão que não são condizentes com a função social da empresa. É injusto, porém, que a lei dispense o mesmo tratamento para a embriaguez em serviço e para o alcoolismo, como se estivesse a cuidar de conduta voluntária e igualmente reprovável.

Voltaremos ao tema. Por ora, adiantamos que a embriaguez em serviço não se dá, necessariamente, no estabelecimento do empregador. Há empregados que prestam trabalho externo e, enquanto o fazem, a intoxicação alcoólica é causa de dispensa. Ademais, Wagner Giglio[40] pondera sobre o fenômeno da irradiação do estabelecimento, que pode ser considerado em casos de improbidade e também de embriaguez:

> Assim, será considerada como embriaguez em serviço não só a falta cometida à entrada do estabelecimento, nas circunstâncias apontadas, como a praticada durante o intervalo para descanso, ou para refeição, e a cometida no serviço externo, além das que, como é lógico, surgirem durante a jornada.

A embriaguez deve ser provada pelo empregador que a alega, à semelhança do que sucede com qualquer outra justa causa. Almeida Júnior, citado por Giglio[41], indica quatro meios para o diagnóstico da embriaguez, a saber: observação comum, exame clínico, teste e dosagem alcoólica. Todavia, o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de se embriagar ou de ingerir bebida que contém álcool, sob o risco de alcançar o estado de êxtase, é necessário, não se caracterizando justa causa a embriaguez fortuita ou involuntária, induzida, por exemplo, pelo desconhecimento sobre o teor inebriante da substância ingerida ou pela sua ingestão com fim medicinal.

Além disso, o texto da Consolidação das Leis do Trabalho está visivelmente desatualizado no tocante a outras substâncias tóxicas, diferentes do álcool. Não há razão para se restringir a justa causa ao consumo desregrado de bebida alcoólica, como observam Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto[42]. Até porque estaria essa conduta (consumo de qualquer substância entorpecente em meio à jornada) subsumida, decerto, em

---

[39] Cf. Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 117).
[40] *Op. cit.* p. 139.
[41] *Op. cit.* p. 147.
[42] *Op. cit.* p. 120.

outra das justas causas enumeradas no artigo 482 da CLT, o que tornaria anódina essa discussão.

Questão ainda controvertida é a relativa à embriaguez patológica, que é, para muitos, o mesmo que embriaguez habitual ou alcoolismo. Rodrigues Pinto[43] anota "um consistente alinhamento de juízes e tribunais do trabalho com a tese de que a embriaguez habitual (cuja denominação mais precisa é alcoolismo) não configura justa causa para despedida do empregado. A tese encontra respaldo nas áreas médica e sociológica, para as quais o alcoolismo é doença, conclusão que não pode deixar de refletir-se, necessariamente, no campo jurídico". O autor lembra que o alcoolismo é reconhecido como enfermidade pelo órgão competente da Organização Mundial de Saúde, inclusive com inscrição na Classificação Internacional de Doenças – CID[44].

Adotando-se tal entendimento, como nos parece seja adequado, necessário é rematar que o alcoólatra que se apresenta ébrio no local de trabalho, uma ou mais vezes, deve ser conduzido a tratamento de saúde, com direito a benefício previdenciário. Não pode ser dispensado por justa causa.

Entretanto, essa matéria sempre foi controvertida no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, como revelam as ementas das suas Terceira e Turmas do TST, dispostas aqui em ordem cronológica[45]:

> JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO. O alcoolismo é uma figura típica de falta grave do empregado ensejadora da justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. Mesmo sendo uma doença de conseqüência muito grave para a sociedade é motivo de rescisão contratual porque a lei assim determina. O alcoolismo é um problema da alçada do Estado que deve assumir o cidadão doente, e não do empregador que não é obrigado a tolerar o empregado alcoólatra que, pela sua condição, pode estar vulnerável a acidentes de trabalho, problemas de convívio e insatisfatório desempenho de suas funções. Revista conhecida e desprovida.

Em sentido diametralmente contrário:

> I – RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. Não se pode convalidar como inteiramente justa a despedida do empregado que havia trabalhado anos na empresa sem cometer a menor falta, só pelo fato de ele ter sido acometido pela doença do alcoolismo, ainda mais quando da leitura da decisão regional não se extrai que o autor tenha alguma vez comparecido embriagado no serviço. A matéria deveria ser tratada com maior cuidado científico, de modo que as empresas não demitissem o empregado doente, mas sim tentasse recuperá-lo, tendo em vista que para uma doença é

---

[43] *Op. cit.* p. 475.

[44] CID n. 291: psicose alcoólica; CID n. 303: síndrome de dependência do álcool; CID n. 305.0: abuso do álcool sem dependência.

[45] A primeira ementa: TST, 3ª Turma, Proc. n. RR 524378/98, Rel. Juiz Convocado Lucas Kontoyanis, Decisão em 18.08.99, DJ 17.09.1999, p. 207. A segunda ementa: TST, 2ª Turma, Proc. n. RR 383922/97, Rel. Min. VANTUIL ABDALA, Decisão em 04.04.01, DJ 14.05.01, p. 1296. Parte final da segunda ementa: "II - RECURSO DO RECLAMANTE. SEGURO-DESEMPREGO. A C. SDI, já consubstanciou o entendimento, mediante a Orientação Jurisprudencial nº 211, de que 'o não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização'. Revista parcialmente conhecida e provida".

> necessário tratamento adequado e não punição. Revista parcialmente conhecida e parcialmente provida. II – RECURSO DO RECLAMANTE. SEGURO-DESEMPREGO [...].

Ao que parece, tal discussão já foi mais acentuada no TST, pois parece emblemática e definitiva a decisão da Seção de Dissídios Individuais I no sentido de enfatizar o aspecto patológico do alcoolismo, afastando de vez a validade da dispensa por justa causa em hipótese de embriaguez habitual. Assim decidiu a SDI I[46]:

> EMBARGOS. JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, F, DA CLT. 1. Na atualidade, o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, que o classifica sob o título de síndrome de dependência o álcool (referência F- 10.2). É patologia que gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Clama, pois, por tratamento e não por punição. 2. O dramático quadro social advindo desse maldito vício impõe que se dê solução distinta daquela que imperava em 1943, quando passou a viger a letra fria e hoje caduca do art. 482, f, da CLT, no que tange à embriaguez habitual. 3. Por conseguinte, incumbe ao empregador, seja por motivos humanitários, seja porque lhe toca indeclinável responsabilidade social, ao invés de optar pela resolução do contrato de emprego, sempre que possível, afastar ou manter afastado do serviço o empregado portador dessa doença, a fim de que se submeta a tratamento médico visando a recuperá-lo. 4. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e provido para restabelecer o acórdão regional.

Não podia ser diferente, pois a reclamar do direito do trabalho uma atualização dogmática está o art. 4º, II, do Código Civil de 2002 a incluir, entre as pessoas relativamente incapazes, "os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido".

G) Violação de segredo da empresa

O artigo 482, *g*, da CLT não exige a *divulgação*, bastando a *violação* de segredo da empresa, ou seja, o seu uso indevido, para a tipificação da conduta como justa causa. Nem mesmo trata de informação inacessível ao empregado, mas de segredo *do qual, por força do cargo, o empregado esteja de posse*, como rezava o Decreto 20465, de 1931, a primeira norma a cuidar do tema[47].

É exato afirmar, ainda, que a profanação de segredo *pessoal* do empregador não caracteriza a justa causa em foco, porquanto descabe falar de segredo *da empresa*[48] em tal hipótese.

Irrelevante, aliás, é que o segredo seja industrial ou relativo a estratégia comercial, por exemplo. Ao estudarmos o princípio da boa-fé, informante do direito do trabalho, percebemos a importância de empregado e empregador manterem uma relação de lealdade, que oportunize a harmonia das relações internas e o conseqüente sucesso da atividade empresarial, em benefício de todos que fazem a empresa ou consomem o seu produto final. Assim, comete justa causa o empregado que faz uso indevido de informação

---

[46] TST, SBDI 1, Rel. Min. Oreste Dalazen, E-RR 586320/99, DJ 21/05/2004.

[47] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 152.

[48] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 155.

sigilosa da empresa, que a diferencia e viabiliza a sua participação no mercado, sobremodo competitivo.

É vedado ao empregador dispensar por justa causa, porém, o empregado que informar segredo da empresa por imposição de autoridade, seja esta uma autoridade administrativa, em meio a fiscalização ordenada por órgão estatal, ou um magistrado, que esteja a tomar seu depoimento após obter do tal empregado o compromisso de não calar a verdade[49].

H) Indisciplina ou insubordinação

Distinguem-se o ato de *indisciplina*, que pressupõe uma ordem genérica, destinada a uma coletividade de empregados, e o ato de *insubordinação*, pois insubordinado é o trabalhador que desatende a ordem que lhe é diretamente dirigida.

A indisciplina é uma manifestação de rebeldia contra o poder de organização, em que se investe o empregador quando edita normas regulamentares.

A insubordinação se revela como um momento de resistência contra o poder diretivo *stricto sensu*, ou seja, o poder de o empregador dizer em que será despendida a energia de trabalho do empregado. Se a ordem patronal exceder os limites do *jus variandi*, vale dizer, as condições de trabalho que integram a essência do contrato, a desobediência a esse comando não importará ato de insubordinação, mas sim o legítimo exercício do *jus resistentiae.*

I) Abandono de emprego

O abandono de emprego é justa causa que exige, para a sua caracterização, o *fato do abandono* e o *ânimo de abandonar*. Malgrado o ânimo seja irrelevante sem o fato precedente do abandono, somente a conjunção desses dois fatores autoriza a dispensa por justa causa.

O fato do abandono se configura mediante a ausência continuada, sem interrupção, ao trabalho. O trabalhador que costuma faltar ao serviço, de modo intermitente, pode estar cometendo alguma outra justa causa, mas não a do abandono de emprego.

Sobre o ânimo de abandonar, cabe esclarecer que quando o empregado falta ao trabalho, mas informa que assim age para atender a um compromisso familiar de alguma relevância, a sua falta pode não se justificar a ponto de ser abonada e, por isso, decerto serão descontados os dias de falta no cálculo do salário. Mas é claro que a justa causa não estará configurada, porque não estaria movido o empregado pelo interesse de se despojar, definitivamente, do emprego.

Há construção jurisprudencial no sentido de se presumir o elemento subjetivo – o desejo de abandonar o emprego – nos casos em que o empregado não se apresenta ao trabalho por mais de trinta dias, sem qualquer justificativa. Não é outra, aliás, a orientação

[49] Cf. Wagner Giglio, *Op. cit.* p. 166. Mas o autor sustenta, com apoio em Dorval de Lacerda, que nos casos de fiscalização a "revelação de segredo só tem cabimento em casos excepcionais e na ausência do chefe da empresa. Este presente ou acessível a chamamento, deverá o empregado, mesmo como medida de prudência, deferir a ele a solução da questão".

contida na Súmula 32 do TST[50]. Todavia, o empregador pode obter elementos de convicção, que o certifiquem do ânimo de abandono, antes desse trintídio. Assim ocorre, por exemplo, quando o empregado inicia prestação de serviço em outra empresa.

Por parte do empregado, poderia ele comprovar que faltou continuadamente ao trabalho em razão de estar submetido a cárcere público ou privado, ou mesmo por estar doente e não ter como se comunicar com o empregador. A justa causa estaria desfigurada.

Igual raciocínio se desenvolveria nos casos em que o empregado estivesse em período de aviso prévio, com carga horária reduzida em vista da necessidade de obter outro posto de trabalho, e então deixasse de ir trabalhar, pois bem sucedido nessa procura por um novo emprego. Não haveria abandono de emprego, como está a recomendar a Súmula 73 do TST[51].

Às vezes, desenvolve-se, em processos judiciais, o confronto entre a tese patronal de abandono de emprego e a antítese, oposta pelo empregado, no sentido de que teria trabalhado além do período consentido pela defesa, sendo, ao final, dispensado sem justa causa. A jurisprudência é exigente, nesse caso, pois atribui ao empregador o ônus de provar não apenas o abandono, mas também a cessação do trabalho. Elucida a Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho: "O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado".

Enfim, vale ressaltar que nada justifica a prática de se solicitar o retorno ao emprego através de jornais, em anúncios caros e evidentemente inacessíveis à grande massa de trabalhadores. O uso é inócuo, não atende a exigência legal e se mostra, ainda, incompatível com o atual estágio dos meios de comunicação, que permite interagir com o empregado por via postal ou correio eletrônico, por exemplo. Ademais, a obrigação de comparecer ao trabalho é do empregado, não estando ela condicionada ao convite do empregador.

J) Ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas

A norma penal prescreve penas intimidativas contra as condutas que o legislador reputa socialmente reprováveis. Extraem-se, dentre estas, as condutas difamatórias ou somente injuriosas, que consistem, respectivamente, em atribuir a outrem a prática de ato não capitulado como crime e em irrogar atributo ou qualidade ofensiva, em detrimento das regras de civilidade. A ninguém é permitido o comentário, falso ou verdadeiro, sobre atos que de outros desaprova, nem a adjetivação desairosa, pois o bem jurídico resguardado pela norma penal é a honra, a reputação, a imagem das pessoas em seu meio social.

Tanto assim que a lei admite a exceção da verdade somente nos casos em que a ofensa irrogada é alusiva a fato tipificado como crime – se a ação penal pode ser manejada pelo Ministério Público – ou é relativa ao exercício pelo funcionário público de suas

[50] Súmula 32 do TST: "Configura-se o abandono de emprego quando o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 dias, após a cessação do benefício previdenciário, nem justificar o motivo de não o fazer".
[51] Súmula 73 do TST: "Falta grave, salvo a de abandono de emprego, praticada pelo empregado no decurso do prazo do aviso prévio, dado pelo empregador, retira àquele qualquer direito a indenização". Em sentido contrário: Wagner Giglio, *Op. cit.* p. 220.

funções, já que nesses casos há interesse do Estado em ser informado do delito e, munido dessa informação, cabe ao órgão estatal deduzir a pretensão punitiva. Em outras hipóteses de difamação ou mesmo de injúria, o ofensor é passível de ação penal independentemente da veracidade de sua ofensa.

O artigo 482, *j*, da CLT capitula como justa causa a ação difamatória ou injuriosa, bem como a ofensa física, cometidas pelo empregado *em serviço*, contra qualquer pessoa. Quando a ofensa verbal ou física é dirigida ao empregador ou superiores hierárquicos, configura-se a justa causa mesmo que não ocorra em serviço, consoante estatui o artigo 482, *k*, da mesma Consolidação das Leis do Trabalho.

Estamos a tratar da justa causa que se realiza através da difamação ou da injúria. Mas, ao que se nota, também a calúnia – imputação de crime – é ato que configura justa causa, salvo se o empregado obtiver, em juízo penal ou mesmo trabalhista, a oportunidade de provar a veracidade de sua afirmação. É que o cometimento de crime, consoante sobrevisto, deve mesmo ser delatado.

Sobre a ofensa física, o dispositivo legal sob comento ressalva a possibilidade de ela se dar em legítima defesa, que é a excludente de ilicitude em que se enquadra quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem[52]. A lei que deu origem à alínea sob exame era de 1935 e, segundo Giglio, reproduzira decreto de 1931. O nosso Código Penal é de 1940, com alteração de sua parte geral em 1984. É possível que isso justifique o fato de citado dispositivo da CLT não fazer referência a outras causas excludentes de antijuridicidade, sejam as legais – estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal –, sejam as extralegais, como se apresentam os casos em que a ação, em suas circunstâncias, não se contamina de reprovabilidade social.

Ao que entendemos, a retorsão imediata, ou seja, a resposta desrespeitosa do empregado após a provocação do empregador, que também lhe atingiu a honra pessoal ou estritamente profissional, não pode ser tratada como justa causa, salvo se o empregado se excedeu ao redargüir a ofensa que lhe foi dirigida[53]. Seria razoável a compreensão de que, em tal hipótese de excesso verbal, haveria culpa recíproca, reduzindo-se à metade a indenização prevista contra a dispensa sem justa causa e, segundo a Súmula 14 do TST, improcedendo eventual pretensão de aviso prévio, férias e 13º salário proporcionais.

Quanto à retratação, reza a norma penal que é ela excludente de punibilidade. Mas, a princípio, não há reflexo da retratação do empregado na seara trabalhista, ante a natural dificuldade de se restabelecer a harmonia e o mesmo grau de fidúcia, no ambiente empresarial, após a ofensa verbal inviabilizar o trato civilizado e o exercício do poder diretivo pelo empregador[54].

K) Prática constante de jogos de azar

A Lei das Contravenções Penais (artigo 50, §3º) tipifica como jogo de azar aquele em que o ganho e a perda dependem exclusivamente ou principalmente da sorte; as

---

[52] *Vide* artigo 25 do Código Penal.

[53] Wagner Giglio (*Op. cit.* p. 272) trata do tema, lamentando a ausência de orientação jurisprudencial a esse propósito.

[54] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 271.

apostas sobre corridas de cavalo, fora do hipódromo ou de local onde sejam autorizadas; as apostas sobre qualquer outra competição esportiva. Pode-se reparar uma clara preocupação do legislador de proscrever, mais que outros jogos, as apostas, em que a sorte é a única determinante do resultado. O futebol e tênis de quadra são, portanto e *exempli gratia*, modalidades esportivas cuja prática não põe em risco o emprego.

Há, ainda, a ressalva de que, nas corridas de cavalo, a aposta (costumeira) do jogador somente se enquadra como justa causa se não acontecer em local onde sejam autorizadas. *Mutatis mutandis*, a prática de apostar em loterias oficiais, porque lícita, não justifica a despedida do empregado.

É necessário, de igual modo, que o empregado tenha a finalidade de *apostar*, ou seja, arriscar algum dinheiro ou bem no sucesso daquele que mereceu sua indicação, ou dele próprio, com o objetivo de obter retorno mais rendoso. Está implícito na definição legal de jogo de azar esse pressuposto, o intuito de lucro[55]. Se a atividade é apenas lúdica ou prazerosa, a sua constância deve ser estimulada, não havendo justa causa.

Quando a norma exige *prática constante,* não está, segundo Wagner Giglio[56], a referir o jogador *viciado.* O autor argumenta:

> Equiparar a prática constante ao vício não esclarece o significado da expressão legal, mas apenas transfere o problema: que é vício? Seria o costume, o hábito, a simples repetição da atividade? Ou seria o comportamento patológico, aquele apelo interior psicologicamente irresistível, aquela atração invencível pelo jogo? Evidentemente o viciado, no sentido patológico do termo, incide na falta, em estudo, mas não só ele. É suficiente, para configurar a infração, que o empregado tenha o hábito arraigado do jogo, que a ele se dedique reiteradamente, como um costume que já faz parte de seu comportamento em sociedade.

Por fim, Giglio enfatiza que a gravidade da falta varia em razão do cargo em que o empregado está investido, pois é mais grave na proporção em que ele exerce função de maior confiança, dada a potencial influência do jogo ou aposta na formação ou desvirtuamento do caráter. Se o empregado exerce função não especializada, sendo um servente ou um trabalhador braçal, decerto que a quebra da relação fiduciária, imprescindível à configuração da justa causa, não se apresenta.

19.3.2.3 As justas causas atribuíveis aos empregadores

Contra o empregador se pode ativar, igualmente, a cláusula resolutória tácita, presente no contrato de emprego, sempre que ele viola qualquer de suas obrigações, seja a de remunerar o trabalho, seja a de tratar o empregado com urbanidade e respeito ou qualquer outra prestação que integre o conteúdo do contrato.

O artigo 483 da CLT enumera as justas causas que podem ser cometidas pelo empregador e a experiência jurídica, como a prática forense, intitulam-nas como casos de *rescisão indireta* ou *despedida indireta*, numa imprecisão terminológica que pode ser justificada pela tentativa de enaltecer o fato de essas justas causas do empregador surtirem os mesmos efeitos financeiros da dispensa sem justa causa.

---

[55] Cf. Giglio, *op. cit.*, p. 281.
[56] *Op. cit.* p. 282.

Sendo essa a orientação jurisprudencial que prevalecia, ao artigo 487 da CLT foi acrescido, há algum tempo, o parágrafo quarto, prevendo que é devido o aviso prévio na despedida indireta. Em verdade, essa norma se reveste de caráter atípico porque o aviso prévio é, como visto, um instituto que se coaduna com a denúncia vazia de contratos por tempo indeterminado. A resolução por justa causa se concretiza através de denúncia cheia – com a qual é, a princípio, incompatível o aviso prévio. Mas o legislador apenas deu vazão ao que a jurisprudência trabalhista tinha consagrado: o aviso prévio é devido na despedida indireta para que o empregador não se beneficie de sua torpeza, ao induzir o empregado a postular a resolução do contrato, perseguindo-o dissimuladamente, sem o despedir.

O ônus, que recai sobre o empregado, de provar o descumprimento do conteúdo do contrato pelo empregador, é, às vezes, dificultoso. Nem sempre o empregado está apto para provar que o seu empregador incorreu em uma das faltas capituladas no artigo 483 da CLT. Consoante veremos, há dois casos, entre os elencados nesse dispositivo consolidado, em que o trabalhador pode, sem se afastar do emprego, ajuizar ação trabalhista, visando à declaração judicial de que o contrato se resolveu. O artigo 483, §3º, da CLT, autoriza o empregado a continuar trabalhando quando propõe reclamação trabalhista com base nas suas alíneas *d* e *g.*

Questão interessante é a que concerne à atualidade da falta cometida pelo empregador, pois o empregado se submete à infração patronal por tempo continuado, muita vez. Percebe-se corrente jurisprudencial no sentido de não se configurar a justa causa do empregador o fato de este descumprir, contando com a aparente tolerância do trabalhador, uma regra qualquer legal ou contratual. A nosso entendimento, o instituto do *perdão tácito* é de muito difícil aplicação contra o empregado, pois abstrai da sua hipossuficiência econômica, que é o móvel de sua acomodação contra a lesão que lhe atinge e se protrai no tempo.

Analisemos, então, cada uma das justas causas atribuíveis ao empregador.

A) Serviços superiores às forças do empregado

O artigo 483, *a*, da CLT prevê, como justa causa cometida pelo empregador, a exigência de *serviços superiores às forças do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato.* Não parece fazer sentido, portanto, a discussão doutrinária sobre a norma estar referindo apenas as forças físicas, pois se estaria, talvez sem o propósito, a discriminar o trabalho intelectual, mais comum agora, no mundo da automação, que antes.

Vale dizer, não pode ser cobrado trabalho além da energia intelectual suportável, pois o contrário significaria, tal como sucede quando a força física é cobrada em excesso, permitir e, mais que isso, prestigiar o trabalho estressante e desumano. Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto[57] lembram que também as exigências afetas à ergonomia do trabalho, como aquelas contidas em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho a propósito do assento que assegure postura correta ao trabalhador, devem ser observadas pelo empregador, sob pena de estar ele a cobrar labor que extravasa os limites da força física.

[57] *Op. cit.* p. 131.

Por igual, o serviço vedado por lei, pela moral ou pelo contrato não pode ser cobrado, sob pena de essa cobrança ou seu atendimento implicar a justa causa sob exame. A expressão *vedado por lei* é compreendida, muita vez, como a fazer alusão, estritamente, ao trabalho proibido por lei penal. A extrapolação indevida da jornada de oito horas ou o trabalho noturno, insalubre ou perigoso por menores de dezoito anos (artigo 7º, XXXIII, da Constituição), que são exemplos de infração trabalhista, enquadrar-se-iam, segundo Giglio[58], como serviço vedado pelo contrato, assim se sustentando numa óbvia referência ao conteúdo imperativo do contrato de emprego.

É, enfim, agressivo aos bons costumes o trabalho que se desenvolve em detrimento da moral objetivada na sociedade ou das regras de trato social. Excedendo esses limites, o empregador se sujeita a ação movida pelo empregado, com vistas à declaração de justa causa patronal.

B) Rigor excessivo

Bem entendido, o empregador comete justa causa quando o empregado é tratado, por ele ou por outro superior hierárquico, com excesso de rigor. Sobreleva, nesse ponto, a dignidade da pessoa, vale dizer, do empregado contra o qual se dirige a ordem de serviço. A consciência humana não tolera mais a existência de escravos nem feitores, e as relações sociais devem ter, hoje, a característica da civilidade. Nesse passo, percebe-se, também, como se alarga o conteúdo do contrato de trabalho, pois a configuração de qualquer conduta como justa causa importa a inserção da conduta inversa no rol de prestações devidas pelo empregador.

O tema *rigor excessivo* é normalmente associado ao modo deseducado como o trabalhador é tratado. Mas a jurisprudência vem enriquecendo essa discussão, não raro decidindo-se pelo rigor excessivo em casos de submissão do empregado a revista abusiva[59], ou ainda quando o empregador negligencia, por emulação ou intuito persecutório, a obrigação de cobrar trabalho do empregado, que é submetido assim ao constrangimento de ser confundido com um homem afeito à vadiagem, em detrimento do valor social do trabalho.

C) Perigo manifesto de mal considerável

Há *perigo* quando a saúde ou a incolumidade física do empregado está ameaçada. A justa causa se configura se o perigo é *manifesto*, dele não surgindo dúvida.

Reproduzindo lição de Dorval de Lacerda, observa Valentin Carrion[60] que, como *mal considerável*, devem se enquadrar *"não os riscos naturais da profissão, mas os anormais, em virtude da não-adoção pelo empregador de medidas geralmente utilizadas ou de normas de higiene e segurança do trabalho"*. No mesmo sentido, Wagner Giglio[61] anota:

> Qualquer trabalho oferece riscos, por mínimos que sejam. A execução de serviços ao sol pode avermelhar a pele; na chuva, pode causar um resfriado. Não são esses

[58] *Op. cit.* p. 319.
[59] *Vide* BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado.* São Paulo: LTr, 1997. p. 73.
[60] *Op. cit.* p. 366.
[61] *Op. cit.* p. 331.

> pequenos inconvenientes que preocuparam o legislador, mas os males *consideráveis*, no sentido de *ponderáveis, relevantes, importantes, de vulto.*

É evidente que os exemplos, mencionados pelos laboralistas acima nominados, são apenas ilustrativos. O trabalho a céu aberto, dando-se por tempo demasiado, expõe o empregado a moléstias extremamente graves, como informam os mais recentes estudos médicos. Portanto, há, nele, *mal considerável*, sem interferência do fato de inexistir, segundo a orientação jurisprudencial n. 173 da SDI 1 do TST, previsão legal para assegurar, em tal hipótese, o direito ao adicional de insalubridade.

D) Não cumprimento de obrigações do contrato

Ao analisarmos a alínea *a* do artigo 483 da CLT, vimos que se dá, ali, alusão a justa causa que se configura quando são exigidos serviços alheios ao contrato. Por sua vez, a alínea *d*, ora em estudo, refere-se à violação de cláusulas contratuais, não mais à exigência de trabalho que extrapole o conteúdo destas.

Cuida-se, aqui, de uma das duas hipóteses em que o empregado pode continuar trabalhando para o empregador, mesmo depois de requerer que a Justiça do Trabalho declare a resolução do vínculo, pelo cometimento de justa causa. Essa faculdade lhe é assegurada pelo artigo 483, §3º, da CLT, e tende a jurisprudência a deferir, sendo o caso, salários e indenizações até o último dia de trabalho, ainda que o último dia de trabalho aconteça após a propositura da ação trabalhista.

A doutrina trabalhista não é convergente, porém, quando delimita as obrigações contratuais cujo descumprimento configura a justa causa. Há forte inclinação no sentido de entender que as obrigações impostas por lei, como férias e FGTS, não acarretam, quando descumpridas, a resolução do contrato por culpa do empregador. Recusamos, contudo, essa vertente jurisprudencial, pois a sua absorção poderia traduzir-se, por exemplo, em uma postura transigente do Poder Judiciário nos casos em que o empregador transgredisse a sua obrigação (principal) de pagar o salário, sendo este o salário mínimo.

É antiga, aliás, a orientação contida na Súmula 13 do Tribunal Superior do Trabalho: "O só pagamento dos salários atrasados em audiência não elide a mora capaz de determinar a rescisão do contrato de trabalho".

Logo, a solução não pode ser, sempre, a de indeferir a resolução do contrato, a pretexto de a prestação descumprida poder ser ordenada mediante sentença judicial. O princípio, a nortear a decisão nesses conflitos, deve ser o da razoabilidade, como se infere de excerto da obra de Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Batalha Netto[62]:

> Ao juiz caberá a análise das circunstâncias para verificar até que ponto o descumprimento das obrigações possa comportar reparação por meio de reclamação e a partir de que ponto se justifica a rescisão indireta pela insuportabilidade do descumprimento contratual e o prejuízo para a subsistência do trabalhador e de sua família.

E) Ato lesivo da honra ou boa fama. Ofensas físicas

[62] *Op. cit.* p. 134.

Aplicam-se, quanto à justa causa prevista na alínea *e* do artigo 483 da CLT, os conceitos já examinados ao tempo em que estudamos a justa causa de igual natureza, cometida pelo empregado. Bem assim no tocante às ofensas físicas.

Mas duas observações são importantes. É que a ofensa física do empregador ou de seu preposto se configura justa causa se perpetradas contra o empregado, salvo em legítima defesa. Já a ofensa verbal pode ser dirigida ao empregado ou mesmo a pessoa de sua família, caracterizando-se, em ambos os casos, a justa causa sob análise.

A segunda observação é atinente ao assédio sexual, que pode ocorrer por intimidação ou chantagem. Consumando-se através de conduta permeada de insinuações sobre a possibilidade de favores sexuais, subsume-se na justa causa alusiva aos atos atentatórios à honra do empregado ou, como é mais comum, à honra ou reputação da empregada. Assiste razão, porém, a Alice Monteiro de Barros[63], ao sustentar:

> A legislação e a jurisprudência têm destacado como elemento essencial do assédio sexual que o comportamento seja incômodo e que seja repelido. Logo, só o repúdio manifesto a uma solicitação sexual ou a oposição declarada a uma atitude sexual ofensiva pode justificar uma ação judicial, e não um simples galanteio, um elogio acompanhado de certas sutilezas comuns entre os povos, principalmente latinos, e às vezes até provocados pela pseudo vítima. Em conseqüência, o fato de o assédio sexual partir de pessoas que já tiveram um relacionamento afetivo pode impedir o êxito de uma ação judicial, dada a dificuldade de se desincumbir do ônus da prova.

Alguns autores e juízes preferem, contudo, enquadrar o assédio sexual cometido por empregador ou preposto deste como perigo manifesto de mal considerável[64]. O fundamento legal é irrelevante, pois são os mesmos os efeitos.

F) Redução do trabalho remunerado por peça ou tarefa

A justa causa referida na alínea *g* do artigo 483 da CLT é concernente a um modo disfarçado de reduzir o salário do empregado, aproveitando-se do fato de ele receber salário variável. De justa causa se cogita quando o empregador passa a cobrar do empregado uma quantidade menor de trabalho, com o objetivo, certamente dissimulado, de reduzir o seu ganho salarial e, assim, induzi-lo a deixar o emprego.

A lei previne tal conflito, assegurando logo ao empregado o direito de postular, em tais circunstâncias, a declaração judicial de que se está a processar a sua despedida indireta.

É certo, ainda, que o dispositivo sob comento faz referência apenas ao trabalhador que recebe por peça ou tarefa. Mas também se aplica, por integração analógica, a outros trabalhadores que vencem salário por unidade de obra ou serviço, a exemplo de vendedores que percebem apenas comissão. Vez ou outra, a jurisprudência[65] adota o dispositivo legal, que ora examinamos, como fundamento para a resolução dos contratos de emprego em que o trabalhador é mantido em constrangedora ociosidade. Como já

---

[63] *Op. cit.* p. 145.
[64] Cf. Valentin Carrion, *Op. cit.* p. 369.
[65] Valentin Carrion (*Op. cit.* p. 367) faz remissão ao seguinte aresto: "Empregado mantido em ociosidade recebendo salário. Ato empresarial que atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois é vexatória ao trabalhador a situação de receber salários sem que isto aconteça em razão de haver cumprido labor" (TST, RR 7127/86.2, Rel. Min. Norberto Silveira, Ac. 3ª Turma 1736/87).

antecipamos, parece-nos mais adequado, no plano semântico, tratar o fato como a caracterizar o rigor excessivo, malgrado a controvérsia seja, em verdade, irrelevante, ante a coincidência de efeitos jurídicos.

19.3.2.4 A culpa recíproca

O artigo 484 da Consolidação das Leis do Trabalho prescreve que, "havendo culpa recíproca, no ato que determinou a rescisão do contrato de trabalho, o tribunal do trabalho reduzirá a indenização à que seria devida em caso de culpa exclusiva do empregador, por metade". A indenização referida nesse artigo de lei é a do artigo 478 da CLT, devida aos empregados que, antes da Constituição de 1988, não optavam pelo regime do FGTS. Logo, cuida-se de situação residual, pois são bem raros esses empregados.

Entretanto, o instituto da culpa recíproca continua atual, dada a possibilidade de o juiz do trabalho[66] perceber, ao enfrentar um caso concreto, que empregado e empregador agiram mediante condutas igualmente graves e contemporâneas (não necessariamente simultâneas), de modo a tornar insustentável a preservação do emprego.

É comum ocorrer de uma das condutas ser a causa da conduta adversa, como na troca de ofensas físicas ou verbais, quando o comportamento de ambos os contendores se mostra estranho às regras de civilidade. Sucedendo, ao revés, a retorsão imediata e sem excesso verbal ou a legítima defesa, decerto que não há culpa recíproca, mas o cometimento de justa causa pelo primeiro agressor.

Há decisões judiciais em que se conclui pela culpa recíproca quando o empregado reage, imoderadamente, a uma conduta patronal que viola lei ou contrato e se protrai no tempo, a exemplo de uma agressão verbal ou física do trabalhador provocada por mora salarial. Assistimos a julgamento no qual foi declarada a culpa recíproca em caso de acidente provocado por condução imprudente de veículo do empregador, pelo empregado acometido de leve embriaguez, após se ter exigido desse empregado o trabalho em meio ao Carnaval, já se encontrando ele animado pela folia momesca.

A culpa recíproca é importante pelos efeitos jurídicos que dela advêm. O artigo 18, §2º, da Lei 8036, de 1990, reduz a 20% a indenização que é devida, nesse caso, sobre os depósitos do FGTS. Por sua vez, a Súmula 14 do TST equiparou a culpa recíproca à justa causa cometida pelo empregado no tocante ao direito, que afirma não existir, a aviso prévio, férias e 13º salário proporcionais. Valentin Carrion[67] pondera que, por coerência, caberia reduzir à metade o valor devido, nos casos de dispensa sem justa causa, a esses títulos.

19.3.2.5 Justa causa do empregado doméstico

Uma certa perplexidade aturdia os agentes do direito do trabalho nas ocasiões em que instados a refletir sobre o empregado doméstico ser passível de dispensa por justa causa, pois o artigo 7º, a, da CLT excluía a aplicação da norma consolidada em favor – ou contra – essa categoria de trabalhadores. Isso não obstante, é regra geral de direito a resolução dos contratos bilaterais quando um de seus sujeitos negligencia o cumprimento de uma de suas cláusulas e isso inviabiliza a manutenção do vínculo.

---

[66] O juiz do trabalho, que é provocado ante a natural dificuldade de o ser humano reconhecer a própria falta.
[67] *Op. cit.* p. 370.

A Lei 10208, de 2001, acresceu à Lei 5859, de 1972, que regula o emprego doméstico, o artigo 6º, §2º: "Considera-se justa causa para os efeitos desta Lei as hipóteses previstas no art. 482, com exceção das alíneas *c* e *g* e de seu parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho".

Assim, o empregado doméstico pode ser dispensado por justa causa, desde que a sua conduta, sendo grave, atual e determinante, enquadre-se nas alíneas do artigo 482 da CLT que proscrevem ato de improbidade, incontinência de conduta ou mau procedimento, condenação criminal que implique encarceramento, desídia no desempenho das funções, embriaguez habitual[68] ou em serviço, ato de indisciplina, ato de insubordinação ou abandono de emprego.

19.3.2.6 A resolução do contrato de empregado público

Como se pode observar no capítulo reservado aos empregados, no subitem dedicado aos empregados públicos, os servidores públicos regidos pela CLT são aqueles que prestam trabalho para sociedades de economia mista e empresas públicas, além de também serem empregados públicos, residualmente, os servidores contratados pelo regime da CLT antes de o Supremo Tribunal Federal restabelecer o regime jurídico único.

Antes de o STF assim decidir, os empregos públicos que surgiram em razão da quebra, pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998 (A Reforma Administrativa), da unicidade do regime jurídico, observaram, no âmbito da União, os preceitos da Lei 9.962, de 2000, segundo a qual a administração não pode dispensar o empregado público com a mesma discricionariedade que é assegurada ao empregador privado, uma vez que o art. 3º da citada Lei 9.962, de 2000, estabelece, em consonância com o princípio da motivação e em *numerus clausus*[69], as situações de fato que justificam a despedida:

a) *Falta grave*, conforme art. 482 da CLT. A lei usa, ao que parece, de imprecisão terminológica, porquanto esteja a tratar de resolução contratual que depende de ato unilateral da Administração e a expressão *falta grave* é usada, pela legislação trabalhista, para referir as justas causas cuja repetição e gravidade justifiquem a resolução do contrato de empregados estáveis pela Justiça do Trabalho, mediante inquérito judicial[70].

b) *Acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas*. A lei está a cuidar da acumulação vedada pelo art. 37, XVI e XVII, da Constituição.

c) *Necessidade de redução de quadro de pessoal*, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal (Lei Complementar 101/2000, art. 23). O §3º, II, do artigo 169 da

---

[68] Ressalvamos o nosso entendimento, externado a seu tempo, sobre o caráter patológico da embriaguez habitual.

[69] A Lei 9.962, de 2000, em seu artigo 3º, parágrafo único, excluiu a relação de emprego decorrente dos contratos de gestão, previstos no art. 37, §8º, da Constituição, da proteção fundada naquele mesmo dispositivo infraconstitucional. Em outras palavras, o empregado cujo contrato fora celebrado em conseqüência de contrato de gestão tem direito a que se observe o princípio da motivação em sua dispensa, pois é tal princípio a mais clara expressão da moralidade e da impessoalidade exigidas no art. 37 da Constituição. Mas o motivo da dispensa não precisa se subsumir em uma das hipóteses previstas no art. 3º da Lei 9.962, de 2000 (falta grave, acúmulo de cargo, emprego ou função, redução de pessoal ou insuficiência de desempenho).

[70] *Vide* artigos 493, 543, §3º e 853 da CLT e artigo 8º, VIII, da Constituição.

CF prevê que o segundo procedimento para a redução do quadro de pessoal (após a redução dos cargos em comissão e funções de confiança) é a exoneração dos *servidores não estáveis.* Sendo insuficiente, exonerar-se-ão os servidores estáveis investidos em *cargos* (§4º), já agora mediante indenização.

d) *Insuficiência de desempenho*, apurado em procedimento sumário, cabendo um recurso para chefe imediato, com efeito suspensivo e prazo de trinta dias para apreciação, desde que haja *o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para a continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas* (art. 3º, IV, da Lei 9962, de 2000). O servidor investido em *cargo* público tem proteção maior, assegurada em lei complementar (art. 41 da Constituição).

A mesma Reforma Administrativa (EC 19/1998) alterou a redação do art. 41 da Constituição e, nesse ponto, a mudança interessa ao estudo da resolução do contrato entre a administração e os seus servidores. É que, antes, o mencionado art. 41 previa: "são estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público". Àquele tempo, o STF entendia: "A garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que é assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, já que o art. 41 da C.F. se refere genericamente a servidores"[71].

Na mesma linha, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou a sua jurisprudência, que mais adiante se cristalizou na Súmula 390, I:

> Súmula 390 do TST:
>
> I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.
>
> II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Contudo, a regra mudou. Após a Emenda Constitucional n. 19/1998, o art. 41 da Constituição passou a estar assim redigido: "São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público". O preceito não mais se refere, genericamente, aos servidores, mas assegura

---

[71] Ementa na íntegra: "Direito Constitucional e Administrativo. Servidores Públicos. Disponibilidade. Empregados do Quadro Permanente da Comissão de Valores Mobiliários (autarquia). Mandado de Segurança impetrado pelos servidores colocados em disponibilidade por força do Decreto n. 99.362, de 02.07.1990. Alegação de que o instituto da disponibilidade somente se aplica aos ocupantes de cargos e não aos de empregos publicos. Alegação repelida. 1. A garantia constitucional da disponibilidade remunerada decorre da estabilidade no serviço público, que e assegurada, não apenas aos ocupantes de cargos, mas também aos de empregos públicos, ja que o art. 41 da C.F. se refere genericamente a servidores. 2. A extinção de empregos publicos e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração Pública, prescindindo de lei ordinária que as discipline (art. 84, XXV, da C.F.). 3. Interpretação dos artigos 41,"caput", PAR- 3., 37, II, e 84,IV, da C.F. e 19 do A.D.C.T.; das Leis n.s. 8.028 e 8.029 de 12.04.1990; e do Decreto n. 99.362, de 02.07.1990. 4. Precedentes: Mandados de Segurança ns. 21.225 e 21.227. 5. Mandado de Segurança indeferido" (STF, MS 21236, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 20/04/1995, DJ 25-08-1995 pp. 26022, Ement. vol. 1797 -02 pp. 00315).

estabilidade somente aos servidores investidos em cargo público, ou seja, sujeitos ao regime estatutário[72].

Não demorou para que os estudiosos de direito administrativo discorressem sobre a mudança, que retirava a estabilidade dos servidores públicos celetistas, assim se manifestando, entre outros, Bandeira de Mello[73] e Lopes Meirelles, este a sustentar que os empregados públicos, "não ocupando cargo público e sendo celetistas, não têm condição de adquirir a estabilidade constitucional (CF, art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares de cargo efetivo e os agentes políticos, sendo obrigatoriamente enquadrados no regime geral de previdência social, a exemplo dos titulares de cargo em comissão ou temporário"[74].

Seguindo a mesma trilha, o Supremo Tribunal Federal revisitou o tema e, ao fazê-lo, distinguiu os empregados públicos admitidos antes da EC 19, para os quais a estabilidade após o segundo ano de contrato converteu-se em direito adquirido, daqueles que, sendo admitidos após a mudança, não adquiriam mais a estabilidade[75].

Outra questão é aquela alusiva à estabilidade dos empregados públicos que o são porque admitidos nos quadros das sociedades de economia mista e empresas públicas.

---

[72] Uma interessante digressão é atinente à preocupação dos poderes constituídos, sobremodo do poder reformador, no sentido de precarizar a relação dos entes públicos com os empregados, seus novos servidores. Essa intenção parece mais transparente quando se nota que a perda do cargo por excesso de despesa e conseqüente redução de pessoal (regulada pela Lei 9801/99) implicará o pagamento de indenização ao servidor estatutário, prevista no art. 169, §5º, da Constituição, sem que igual indenização seja prevista em favor do empregado público. A regra tem coerência interna, pois o empregado público não adquire estabilidade, sendo esta assegurada somente ao servidor investido em cargo público (art. 41 da Constituição). Percebe-se, em igual sentido, que a insuficiência de desempenho do servidor estatutário será avaliada em processo com rigorosa observância do contraditório e ampla defesa, em consonância com a lei complementar exigida pelo art. 41, §1º, III, da Constituição, sendo menor, como sobrevisto, a proteção ao empregado público.

[73] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1999, PP. 260-261.

[74] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Atualização de Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 388.

[75] Nesse sentido: "1. RECURSO. Agravo de instrumento. Ofensa constitucional. Caracterização. Recurso conhecido. Deve ser conhecido agravo de instrumento quando a questão de fundo é eminentemente constitucional, mas sem que isso implique consistência do recurso extraordinário. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Ofensa ao art. 41 da Constituição Federal. Inexistência. Empregado público. Aprovação em concurso público e cumprimento do estágio probatório antes da EC 19/98. Estabilidade. Precedentes. Agravo regimental não provido. Faz jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, em sua redação original, o empregado público que foi aprovado em concurso público e cumpriu o período de estágio probatório antes do advento da EC nº 19/98" (AI 510994 AgR, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, j. 21/02/2006, DJ 24-03-2006 pp. 00027, Ement. vol. 02226-06 pp. 01171); "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98. ESTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. 1. A jurisprudência desta Corte consignou que a estabilidade assegurada pelo art. 41 da Constituição Federal, na sua redação original, estende-se aos empregados públicos, admitidos por concurso público antes do advento da EC 19/98, pois "se refere genericamente a servidores". Precedente do Plenário: MS 21.236/DF. 2. Agravo regimental improvido" (STF, AI 480432 AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 23-03-2010, DJe 067, divulgação 15-04-2010, p. 16-04-2010, Ement. vol. 02397 pp 01271).

Eles realmente não têm estabilidade e assim o STF[76], como também o TST (por meio da jurisprudência consolidada na Súmula 390, II[77]), sempre entenderam.

O que nos parece susceptível a crítica, respeitosamente, é a inabalável orientação jurisprudencial no sentido de que esses servidores públicos celetistas, os quais são investidos mediante concurso em empregos oferecidos pelas sociedades de economia mista e empresas públicas, possam ser dispensados sem qualquer motivação. É o que pensa o STF[78] e, nessa mesma linha, o TST editou a orientação jurisprudencial n. 247 da SDI 1:

> SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.
>
> I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;
>
> II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

O fundamento para a licença de despedir imotivadamente, que se outorga a esses entes da administração pública indireta, é a circunstância de o art. 173, §1º, II da Constituição atribuir-lhes a "sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

A primeira observação contrária a essa vertente jurisprudencial que desafortunadamente tem prevalecido é o aspecto de o princípio da motivação não estar necessariamente atrelado à estabilidade do art. 41 da Constituição. A motivação dos atos administrativos – dentre eles se incluindo o ato de despedir um servidor público celetista – tem como suporte os princípios consagrados no art. 37 da Constituição, especialmente o postulado da legalidade[79], pois não é possível certificar-se que o ato administrativo é legal e atende à moralidade pública e à impessoalidade se ele não contém a indicação do motivo que lhe rende ensejo.

---

[76] "Empresa de economia mista: firme o entendimento do Supremo Tribunal no sentido de que a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal não se aplica aos empregados de sociedade de economia mista: precedentes" (STF, AI 323346 AgR/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 08/03/2005, DJ 01-04-2005 pp. 00021, Ement. vol. 02185-03 pp. 00455).

[77] Súmula 390, II do TST - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

[78] "1. Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a Consolidação das Leis do Trabalho, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo. 2. A aplicação das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal. 3. Agravo regimental improvido" (STF, AI 507326 AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/11/2005, DJ 03-02-2006 pp. 00049, Ement. vol. 02219-15 § 02961).

[79] Cf. Meirelles, *op. cit.*, p. 96 e Mello, *op. cit.*, p. 40.

A observação derradeira, a propósito do tema, é a aparente impropriedade de se reportar a jurisprudência a dispositivo constitucional (art. 173, §1º, II) que não protege a administração pública de quem quer que seja, menos ainda a exonera da obrigação de tratar seus servidores com dignidade, porquanto a preocupação foi outra e de natureza estranha à relação de emprego: a intenção do constituinte foi claramente a de não permitir que o Estado interviesse na economia, exercendo atividade produtiva em regime de concorrência, sem submeter-se às regras de direito civil, trabalhista e tributário exigidas das empresas privadas concorrentes. O intento do poder constituinte foi o de onerar convenientemente a administração pública, salvaguardando os interesses do livre mercado. Não foi, claramente, o de desonerá-la de qualquer obrigação que lhe fosse imanente.

Quando se permite que os entes paraestatais dispensem seus empregados, aprovados mediante severos concursos públicos, sem qualquer motivação, liberam-se os entes da administração de um dever que não está regido diretamente pelos princípios e regras que balizam a ordem econômica e social, salvo, talvez, porque se contamina "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa" que, em atenção ao art. 170 da carta republicana, "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

19.3.2.7 A greve e a resolução contratual

A greve não é um ato ilícito e, entre nós, parece inadequado tratá-la como mera faculdade, pois o artigo 9º da Constituição a eleva ao *status* de direito, ao preceituar:

> É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.
>
> §1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
>
> §2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Os servidores públicos civis têm assegurado o direito de greve, vedada somente aos militares. O artigo 37, VII, da Constituição remete, contudo, a regulação da matéria, pertinente à greve dos servidores civis, a lei específica, que ainda não foi editada. A inércia do Poder Legislativo provocou, afinal, uma decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal[80] que, no âmbito de mandado de injunção, estabeleceu, como norma de regência da greve dos servidores públicos, com algumas ressalvas que especificou, a Lei 7.783/89, ou seja, a lei que disciplina a greve na empresa privada.

Mas a greve no serviço público é um fato excepcional, pois a primeira concepção de greve foi aquela que se associou à interrupção da atividade econômica e, por essa via, do lucro do empresário, como forma de pressão contra situações injustas. Regra geral, a greve significa a ruptura da atividade produtiva, revelando-se, assim, uma manifestação de rebeldia contra a premissa, aparentemente indefectível, de ser a mão-de-obra sempre disponível e farta, carecendo buscar o empresário, apenas, os outros insumos necessários ao desenvolvimento da empresa. Nessa medida, justifica-se um dispositivo constitucional que, como visto, abstém-se de regrar o ato coletivo em razão de ser ele,

[80] STF, MI 670 / ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 25/10/2007.

numa síntese, um ato de violência legitimado, avesso à ordem estabelecida. O *caput* do artigo 9º da Constituição está, portanto e em sua literalidade, a permitir, num primeiro plano e sem peias, que os trabalhadores decidam a hora e o motivo da greve.

Os §§1º e 2º do mesmo artigo 9º ressalvam, contudo, a possibilidade de norma infraconstitucional estabelecer limites ao exercício do direito de greve, admitindo os citados preceitos, nessa linha, que a ação coletiva deverá preservar o atendimento a necessidades inadiáveis da comunidade e, se abusiva, será alvo de repressão estatal, igualmente legitimada.

Não obstante a mencionada característica da greve – a de ser uma afronta à ordem econômica, quase sempre refletida no ordenamento jurídico –, era esperado que a inserção da greve no universo do Direito ocorresse à custa de alguma limitação dos atos de *paredismo*, a impedir que o arbítrio dos trabalhadores se realizasse com o sacrifício de outros interesses, necessidades e direitos individuais ou coletivos. Paga-se um preço por ser *direito*.

A delimitação da greve, conseqüente de sua *juridicização*, não se deu, exclusivamente, nos citados parágrafos do artigo da 9º da Constituição. A Lei 7783, de 1989, ao divisar um significado para o conceito *greve*, impede que assim se denomine a chamada greve atípica, como a *operação tartaruga* e outras manifestações em que não ocorre a completa paralisação do trabalho. Recorramos à dicção do artigo 2º da lei referida:

> "Para os fins desta lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador."

Sobre ser uma suspensão total ou parcial, tem-se compreendido que a suspensão *parcial* seria aquela que diria respeito à quantidade de trabalhadores, não sendo *total* aquela que não envolvesse todos os empregados da empresa. A nosso pensamento, deve-se compreender a suspensão parcial em vista da prestação mesma de serviço, sem uma necessária referência à fração do quadro de pessoal que teria aderido ao movimento. Adotando tal interpretação, a sempre criativa logística da reivindicação – que engloba a mencionada *operação tartaruga*[81], a *greve de ocupação*[82], a *greve de braços caídos*[83], a greve que é parcial apenas na aparência[84], a *greve de solidariedade*[85] e, sem correlação direta com as condições de trabalho, a *greve por motivo político* – estaria legitimada pela norma jurídica e, em contrapartida, sujeitar-se-ia ao limite de juridicidade previsto no artigo 9º da Constituição, traçado pelo atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade e à possível repressão da conduta abusiva.

Atendo-nos ainda ao conceito legal, podemos inferir que a adesão à greve é um direito de cada trabalhador, mas consistiria ela em *um direito individual de exercício*

---

[81] Em que os empregados executam o serviço, mas em uma cadência que beira a paralisação.
[82] Os empregados ingressam no estabelecimento, mas sem se dirigirem ao local de trabalho.
[83] Os empregados registram o ponto e permanecem inertes na frente de trabalho.
[84] A greve dos empregados que trabalham no setor de ferramentas ou no almoxarifado, em uma oficina de porte grande ou numa montadora de automóveis, afeta, em cadeia, as demais divisões da empresa, que dependem das ferramentas ou instrumentos de trabalho guardados naqueles.
[85] Os empregados em greve não dirigem uma reivindicação de índole trabalhista ao seu empregador, mas paralisam a atividade para se solidarizarem com empregados da mesma ou de outra empresa que estejam a sofrer injustiça.

coletivo, como sintetiza Amauri Mascaro Nascimento[86]. E deverá ser uma suspensão *temporária*, pois a greve estará desfigurada se pretender a extinção da empresa – nota Tarso Genro[87] que a greve se escora num trinômio: "ruptura da normalidade da produção; prejuízo para o capitalista; e proposta de restabelecimento da normalidade rompida".

O ato coletivo deverá ser precedido da tentativa de negociação ou possível arbitragem[88], de autorização em assembléia sindical[89] e de aviso ao empregador com antecedência de quarenta e oito horas ou, cuidando-se de serviços ou atividades essenciais[90], o aviso ao empregador e usuários deve acontecer setenta e duas horas antes do início da paralisação[91].

Tentando proteger o empregado contra a conduta do empregador que impede o pleno exercício do direito de greve, normalmente repelida, pelo sindicato da categoria profissional, por meio de obstáculos intransponíveis (*piquetes*), erguidos à frente do estabelecimento, o artigo 6º, §2º, da Lei 7783, de 1989, veda ao patronato a adoção de meios que visem constranger o trabalhador a comparecer ao trabalho ou frustrem a divulgação do movimento. Com igual objetivo, suspendem-se os contratos de emprego dos grevistas durante a paralisação[92].

O direito de greve é também garantido mediante a proibição de novos contratos e de resilições contratuais nos dias por que durar o seu exercício[93], salvo em duas situações: a) no caso de o sindicato ou a comissão de negociação[94] não acordarem com o empregador sobre a manutenção de uma equipe de empregados que deverá atuar, durante a greve, visando assegurar os serviços cuja interrupção resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção dos serviços essenciais à retomada das atividades da empresa; b) em caso de abuso, que o artigo 14 da Lei 7783/89 diz ser o ato infringente de qualquer de seus preceitos ou a continuação da greve depois de ser celebrado acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou após a decisão da Justiça do Trabalho. Malgrado a dubiedade do preceito legal, parece-nos que as duas situações permitem a contratação de novos empregados, mas só a última delas estaria a ensejar, também, a possibilidade de o empregador despedir trabalhadores.

A opção do legislador por moldar a greve como um *direito individual* está refletida em alguns dispositivos da Lei 7783, de 1989, mas com relevo naqueles em que é proscrita a manifestação ou o ato de persuasão utilizados, pelos grevistas, para obstar o

---

[86] *Apud* VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência.* São Paulo: LTr, 1996. p. 284.
[87] *Apud* VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.* p. 293.
[88] Artigo 3º da Lei 7783/89
[89] Artigo 4º da Lei 7783/89
[90] O artigo 10 da Lei 7783/89 enumera os serviços ou atividades essenciais: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo e compensação bancária.
[91] Artigos 3º, parágrafo único, e 13 da Lei 7783/89
[92] Artigo 7º da Lei 7783/89.
[93] Artigo 7º, parágrafo único, da Lei 7783/89.
[94] Segundo o artigo 4º, §2º, da Lei 7783/89, a comissão de negociação é formada pelos trabalhadores quando não há sindicato que os represente. É bom observar que a convenção ou o acordo coletivo que puserem fecho a essa negociação deverão ser firmados por federação ou confederação, nesse caso (artigo 611, §2º, da CLT).

acesso ao trabalho dos empregados que não queiram aderir ao movimento (artigo 6º, §3º) e no parágrafo, há pouco mencionado, que autoriza a dispensa de empregados. Houve quem assimilasse essa regra como se estivesse ela a consentir com a dispensa por justa causa. Não escapou à doutrina e à jurisprudência, porém, a impropriedade do permissivo legal que, assim interpretado, estaria a permitir que o empregador despedisse o empregado em razão de ilegalidade ou abuso cometidos pela coletividade de trabalhadores.

É evidente que a greve e sua manutenção, mesmo depois de ser declarada a sua abusividade pela Justiça do Trabalho, é assunto de deliberação em assembléia sindical, desenvolvendo-se um processo comunicativo em que os trabalhadores se rendem à vontade da maioria. A nossa experiência permite constatar como pode ser odiosa a retaliação contra os líderes[95] – que se expõem ao desagrado do empregador, sob o manto constitucional da estabilidade, na defesa de interesses sempre transcendentes – ou contra os liderados, que o são pela razão singela de se sujeitarem ao princípio democrático do respeito à vontade majoritária.

Ademais, a despedida de um empregado, como represália à ação coletiva, malfere o princípio constitucional da não-discriminação, como observa Messias Pereira Donato[96]:

> Se todos ou grande parte dos trabalhadores participaram ou deram adesão coletiva ao processo de greve e aos procedimentos de sua sustentação, não se manterá na via judicial o ato do empregador que vier a sancionar um ou alguns dos empregados, com perdão ou abstração de outros. Se, no interesse da empresa, não quiser ou não lhe convier punir a todos, em princípio não poderá punir a ninguém.

O Supremo Tribunal Federal uniformizou sua jurisprudência sobre a matéria, ao editar o verbete n. 316 de sua Súmula: "A simples adesão à greve não constitui falta grave". É fácil perceber, entretanto, que a excelsa Corte não esclarece, nesse enunciado, se está imunizando, também, o trabalhador que adere a greve declarada ilegal. O Tribunal Superior do Trabalho teve oportunidade de decidir que mesmo a participação em greve ilegal ou abusiva não autoriza a dispensa por justa causa, salvo em decorrência de ato faltoso individual. Não se tolera, por exemplo, o ato de sabotagem ou violência, moral ou física, contra a pessoa ou o patrimônio do empregador ou de outros empregados, a pretexto da greve. A ementa[97] seguinte é elucidativa:

> JUSTA CAUSA – PARTICIPAÇÃO EM PARALISAÇÃO EM DESACORDO COM A LEI Nº 7783/89. A greve é um direito consagrado no texto constitucional, sendo facultado aos trabalhadores decidir obre a oportunidade de desempenhá-lo. A simples adesão ao movimento paredista não constitui falta grave, porquanto somente atos de violência desencadeados por força desta paralisação conduzem ao reconhecimento da justa causa.

---

[95] Messias Pereira Donato (DONATO, Messias Pereira. Direito de greve e seu exercício: efeitos sobre o contrato individual de trabalho. Coordenação de Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 588) transcreve ementa de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário ao do texto: "Só devem ser punidos os grevistas que tiveram atuação de chefia, e não aqueles que não tiveram essa atuação ou papel saliente no movimento" (STF, RE Bem n. 40733/61, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira).

[96] *Op. cit.* p. 587. Em sentido contrário: TST, 5ª Turma, RR 378487/97, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, j. 14/02/01, DJ 16/03/01, p. 870.

[97] TST, 1ª Turma, RR 546287/99, Red. des. Min. Ronaldo José Lopes Leal, j. 27/10/99, DJ 24/032000, p. 76.

Em verdade, o problema parece ser de mais difícil solução quando a Justiça do Trabalho decide pela abusividade da greve e ordena o retorno ao trabalho, porém os empregados mantêm a paralisação. A dificuldade é, todavia, só aparente. Sem embargo de entendimento contrário[98], entendemos que a decisão judicial nesse sentido apenas retira dos empregados a proteção do artigo 7º da Lei 7783, de 1989, quer no tocante à suspensão dos contratos, quer no que tange à vedação da dispensa. O trabalhador faltoso pode incorrer, por exemplo, nas justas causas de indisciplina ou de abandono de emprego. Mas o fato de estar participando de greve, legal ou ilegal, é irrelevante, jamais caracterizando justa causa.

Voltaremos ao tema em capítulo próprio, dedicado apenas à compreensão da greve como direito fundamental.

19.4 Rescisão do contrato de emprego

Autores de escol se renderam à terminologia adotada, com técnica duvidosa, pelo legislador e, assim, passaram a usar como sinônimas as palavras *resilição* e *rescisão.* Os dicionários não distinguem um e outro termo, sendo feita a distinção, conforme antevisto, pela linguagem jurídica.

Para a teoria jurídica dos contratos, a *rescisão* se dá nas hipóteses em que o contrato é dissolvido por força de nulidade, que é a sanção consistente em negar efeito a negócio jurídico, por faltar a este um ou mais de seus elementos constitutivos. Em outra passagem de nosso curso, enumeramos os elementos essenciais e acidentais do contrato de emprego, enfatizando quais os efeitos da nulidade contratual em cada um dos casos.

Regra geral, a prestação de trabalho já ocorrida, ou o tempo à disposição do empregador, devem corresponder a uma contraprestação salarial, mesmo se rescindido o contrato em razão de nulidade, dada a impossibilidade de se restituir ao empregado a energia de trabalho que disponibilizou e porventura despendeu. Em última análise, a prestação que onera o trabalhador é a disponibilidade de sua força de trabalho e, se tal houve, impossível é se a devolver.

Quanto à ausência de capacidade trabalhista, vimos que o empregado recebe salário e complementos salariais, inclusive o salário diferido (férias, 13º salário, FGTS etc.), nos casos em que a nulidade contratual atende a preceito de lei que protege os interesses do próprio empregado.

Se o objeto da relação jurídica é ilícito e, por isso, sobrevém a rescisão contratual, o empregado tem direito ao salário e aos complementos salariais se contribuiu indiretamente, mas com o seu trabalho, para viabilizar a atividade delituosa do empregador. É o caso do balconista de loja de equipamentos de segurança que disfarça o comércio de armamento proibido, sem que o trabalhador faça, ele próprio, a mercancia das armas. Ocorrendo de o trabalhador praticar o comércio de tal mercadoria, não obstante conheça o caráter ilícito desse seu ato, o contrato deve ser rescindido sem que se assegure ao trabalhador direito algum. Não é possível estimar a remuneração do ato criminoso.

Há pelo menos um caso em que a nulidade do contrato de emprego é prevista em razão de inobservância de forma. Como visto, trata-se da hipótese de contratação, por

[98] TST, SBDI 1, E-RR 385729/1997.9, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ 20/02/2004.

ente estatal ou paraestatal, sem o prévio concurso público. A Súmula 363 do TST recomenda: "A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS".

A parte final da Súmula 363 do TST acresce aos efeitos da nulidade o FGTS (sem o acréscimo de 40%) porque o legislador infraconstitucional aditou à Lei 8036, de 1990, o artigo 19-A, que prescreve:

> "É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário".

Houve um primeiro momento no qual se debateu a constitucionalidade desse dispositivo, sobretudo quanto à possibilidade de se aplicar essa regra aos contratos anteriores ao acréscimo legal. Mas o TST dirimiu o dilema ao editar a orientação jurisprudencial 362 de sua SDI 1 ao afirmar: "Não afronta o princípio da irretroatividade da lei a aplicação do art. 19-A da Lei nº 8.036, de 11.05.1990, aos contratos declarados nulos celebrados antes da vigência da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001".

De todo modo, a não ser que o agente do direito do trabalho atribua ao FGTS outra natureza, afora a de salário diferido, mesmo após a Constituição o ter assegurado[99] como direito social do trabalhador – qualquer que seja o modo de dissolução do contrato –, a pergunta será sempre inevitável: se o FGTS, como salário diferido, é direito do trabalhador irregularmente contratado pelo Estado, qual a razão de outros complementos salariais não o serem? Talvez o interesse transcendente que é atendido pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, destinado a programas sociais. Talvez a falta de sintonia entre as instâncias decisórias, judiciária e legislativa. O tempo permitirá o amadurecimento da experiência jurídica.

19.5 Caducidade do contrato de emprego

A *caducidade* do contrato é, como ensina Rodrigues Pinto[100], a extinção desse contrato por *esgotamento* de suas funções, no mundo jurídico. A bem ver, os fatos, como a morte ou a força maior, que fazem o contrato perder forças, o *resolvem*[101]. A modalidade sob análise seria, portanto, uma espécie de resolução do contrato. Ainda assim, preferimos classificar à parte, como procede parte expressiva da doutrina, a caducidade do contrato, dada a dessemelhança de efeitos jurídicos entre esta e os demais casos de resolução contratual.

A) Morte do empregado

O falecimento do empregado faz cessar o contrato porque a prestação laboral é *intuitu personae.* A pessoalidade é uma característica dos atos de emprego. Quando morre o

---

[99] A Constituição manteve, apenas, a restrição ao saque imediato, nas hipóteses de cessação do contrato que se dá mediante a dispensa por justa causa. Ainda nesse caso, o empregado mantém o saldo em conta vinculada.
[100] *Op. cit.* p. 463.
[101] Cf. MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho.* p. 233.

empregado, os seus direitos trabalhistas não precisam ser arrecadados em processo de inventário, para posterior distribuição entre os seus sucessores. O artigo 1º da Lei 6858, de 1980, contém o seguinte preceito:

> "Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em cotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento".

Bem se vê que a necessidade de alvará judicial[102] somente existe quando faltam dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores públicos, podendo o empregador pagar diretamente aos citados dependentes, se há eles. O artigo 38 da Lei 8036, de 1990, tratando especificamente do saque do FGTS deixado pelo empregado, que veio a falecer, é ainda mais explícito ao prescrever que "o saldo da conta vinculada do trabalhador que vier a falecer será pago a seu dependente, para esse fim habilitado perante a Previdência Social, independentemente de autorização judicial".

Mas tanto a Lei 6858, de 1980, como a Lei 8036, de 1990, acrescentam aos artigos citados um parágrafo primeiro que ressalva as cotas atribuídas a menores, prevendo que estas devem permanecer depositadas em caderneta de poupança e, salvo autorização judicial, não podem ser levantadas antes de os tais menores completarem dezoito anos.

Sobre as parcelas resolutórias que são devidas, nesse e em outros casos de caducidade do contrato de emprego, cabe examinar o subitem específico, logo adiante.

B) Aposentadoria do empregado

Em se cuidando dos efeitos da aposentadoria na relação de emprego, interessa tratar das aposentadorias compulsória, espontânea e por invalidez.

Sobre a aposentadoria por invalidez, recomendava a Súmula n. 217 do Supremo Tribunal Federal: "Tem direito de retornar ao emprego ou ser indenizado em caso de recusa do empregador o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de 5 (cinco) anos, a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo". Sobreveio, porém, a Lei 8.213/91 que preserva a aposentadoria mesmo após os cinco primeiros anos de afastamento e a faz cessar, definitivamente, dezoito meses depois (art. 47, II). Em princípio, a aposentadoria por invalidez, mesmo quando se protrai por mais de cinco anos, não é mais causa de resolução do vínculo empregatício.

A aposentadoria compulsória, que é aquela requerida pelo empregador quando o empregado do sexo masculino completa setenta anos, ou sessenta e cinco anos se mulher, faz cessar o contrato de emprego, sendo devidas as mesmas indenizações previstas em favor do empregado dispensado sem justa causa (artigo 51 da Lei 8213, de 1991).

---

[102] Ao que sempre nos pareceu, o juízo cível – o mesmo que decide outras questões relativas à sucessão do empregado falecido, haja ou não inventário – é competente para mandar expedir o alvará, salvo se houver litígio trabalhista, a exemplo do que acontece se o empregador se nega a pagar as parcelas resultantes do contrato de trabalho.

Sobre a tese de que a aposentadoria espontânea – requerida pelo empregado que completa o tempo de contribuição ou a idade exigidos no artigo 201, §7º, da CLT – também resolve o contrato, adiantamos que o Tribunal Superior do Trabalho já entendeu assim, mas se fez atento a iterativas decisões do Supremo Tribunal Federal para editar enfim a orientação jurisprudencial n. 363 da SDI 1: "A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral".

A questão, relativa à aposentadoria espontânea fazer cessar o contrato, é normalmente enfrentada à luz do artigo 453 da CLT e do artigo 49 da Lei 8213/91. O primeiro inciso deste último reza que a aposentadoria por idade será deferida "ao segurado empregado, inclusive o doméstico, a partir: a) da data do desligamento do emprego, quando requerida até essa data ou até 90 (noventa) dias depois dela; ou, b) da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo previsto na alínea *a*".

E se a lei previdenciária autoriza a opção de o empregado desligar-se (alínea a) ou não se desligar do emprego (alínea b), é evidente que a aposentadoria importa a extinção do vínculo de emprego somente se o empregado o quiser[103].

É bom notar que a questão toca bem perto assunto de política legislativa, sendo certo que houve valores sociais em conflito a serem sopesados pelo legislador – a este, coube a alternativa de privilegiar o interesse do velho trabalhador que o mercado não mais quer ou, em vez disso, prestigiar o incremento dos níveis de emprego que resulta da substituição de inativos pelos jovens que precisam ingressar no mercado de trabalho.

Estudos de direito comparado têm revelado que o legislador, em países diferentes, opta por um ou outro valor, ora premiando o trabalhador no ocaso da vida laboral, ora optando por alargar a expectativa de trabalho para a população jovem. Isso levou Arion Sayão Romita, citado por Rodrigues Pinto, a concluir que a aposentadoria "extingue o contrato de trabalho se a lei dispuser nesse sentido. Caso contrário, não". A lei, que está em vigor no Brasil, assegurou ao empregado o direito de decidir pela extinção do contrato ao aposentar-se.

No cotidiano forense, percebemos, inclusive, que o empregador é informado, pelo instituto previdenciário, sobre a concessão da aposentadoria requerida pelo seu empregado, vários meses – às vezes mais de um ano – depois de essa aposentadoria ser deferida. Isso deixou de ser um problema quando se consolidou o entendimento de que a aposentadoria espontânea não resolve o contrato de emprego.

C) Morte do empregador

Não é *intuitu personae* a participação do empregador na relação de emprego. Ao revés, ele costuma se apresentar difusamente em meio ao vínculo e pode se fazer suceder sem o prévio conhecimento, menos ainda a anuência, do empregado. Tudo isso está visto.

---

[103] Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *O direito do trabalho e as questões do nosso tempo*. São Paulo : LTr, 1998. pp. 95-96

Existe, contudo, uma exceção a essa regra. É que o empregador, quando é ele *pessoa física*, estabelece com o empregado, normalmente, uma relação mais próxima, que é *pessoal* na ordem dos fatos, embora não o seja para efeitos jurídicos. Por isso, o artigo 483, § 2º, da CLT, estatui: "No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho".

Mas a permissão outorgada por citado dispositivo não garante ao empregado, que optar pela resolução do contrato em razão da morte de seu empregador, qualquer indenização. Alguns autores radicalizam, ao entenderem que a norma está autorizando o empregado a se demitir, pura e simplesmente[104]. O entendimento implica, com *venia*, a neutralização dos efeitos da norma jurídica, pois não havia necessidade de norma específica para que o empregado pudesse, em tais circunstâncias, demitir-se. Valentin Carrion[105] anota, porém, que a interpretação no sentido de que o artigo 483, §2º, da CLT permite ao empregado demitir-se tem conseqüência importante: a indenização por ruptura antecipada de contrato a termo, que seria indevida nessa hipótese.

Ao que inferimos, a morte do empregador (pessoa física) autoriza a dissolução do contrato, mas não assegura indenização em favor do empregado. Não se dá, todavia, resilição, mas sim fato resolutivo, condicionada essa resolução do contrato à vontade do trabalhador. Essa questão tem pouco relevo prático, porém, ante a circunstância de as verbas da dissolução contratual serem previstas em normas que as vinculam ao tempo de serviço (férias, por exemplo), à dispensa sem justa causa (FGTS) ou à inocorrência de justa causa (13º salário). Normalmente, não se verifica parcela que seja negada, por lei, aos empregados demissionários, só pelo fato de eles se terem demitido.

Dúvidas não restam, entretanto, de que ao empregado são devidas todas as prestações que o seriam numa dispensa sem justa causa, sempre que o falecimento do empregador, pessoa física, implique a *cessação da atividade econômica*. É o que regula o artigo 485 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Quanto ao FGTS, o artigo 20, II, da Lei 8036, de 1990, dá direito ao saque do FGTS quando há a morte do empregador individual ("sempre que... implique rescisão de contrato de trabalho") e a Circular n. 166, de 1999, da Caixa Econômica Federal, exige, ao regular o saque pelo código 03, que o empregado apresente, entre outros documentos, declaração escrita do empregador "confirmando a rescisão do contrato em conseqüência de supressão de parte de suas atividades". Logo, não há direito ao saque do FGTS quando o empregador individual morre, mas a sua atividade econômica continua sendo desenvolvida pelos seus sucessores.

D) Força maior que determina a extinção da empresa

O Código Civil[106] equipara os efeitos do caso fortuito e da força maior. A Consolidação das Leis do Trabalho silenciou sobre o caso fortuito e definiu a força maior de modo a incluí-lo nessa definição[107].

---

[104] Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* São Paulo : Atlas, 2001. p. 493.
[105] *Op. cit.* p. 367.
[106] Artigo 393 do novo Código Civil.
[107] Cf. Mozart Victor Russomano, *apud* OLIVEIRA, José César de. Factum principis, força maior e temas correlatos. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo : LTr, 1993. p. 497.

A força maior é definida pelo artigo 501 da CLT como o "acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente". Os dois parágrafos desse mesmo artigo esclarecem que a imprevidência do empregador é causa excludente da razão de força maior (§1º) e que o motivo de força maior não tem relevância, para efeitos trabalhistas, quando não afeta, substancialmente, a situação econômica e financeira da empresa (§2º).

Prescreve o dispositivo seguinte, o artigo 502 da CLT, que serão devidas por metade as indenizações devidas nos casos em que o motivo de força maior impuser a extinção da empresa. Os seus incisos fazem menção à indenização de antigüidade[108] e à indenização devida pelo empregador em hipótese de ruptura antecipada de contrato a termo (a indenização prevista no artigo 479 da CLT).

Os pressupostos da força maior, tal como compreendida a partir dos mencionados artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, são:

a) Acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador.

b) Acontecimento para o qual não concorreu o empregador, direta ou indiretamente (incluída a sua imprevidência).

c) Acontecimento que afete, substancialmente, a situação econômica e financeira da empresa.

d) Acontecimento que provoque a extinção da empresa (exclui-se, portanto, a extinção de setor da empresa; mas a extinção de estabelecimento pode ser resultante de força maior[109])

Inocorre força maior, assim, quando o empregador enfrenta dificuldades financeiras por má gestão empresarial ou em razão de crise econômica no País, pois não se está a cuidar de válvula de escape para a atividade de risco. Ao empregado descabe assumir riscos da atividade patronal.

Também a greve e a falência, como a concordata ou mesmo a liquidação extrajudicial, esses fatos atípicos não derivam de força maior, no âmbito trabalhista, pois são inerentes ao exercício da atividade empresarial e a lei estabelece, em normas especiais, os efeitos de cada qual na relação de emprego.

E) *Factum principis*

O *factum principis*, ou fato do príncipe, é uma variação da força maior, designando uma ordem ou proibição de autoridade pública que frustra a execução do contrato[110] – interessa-nos, particularmente, o contrato de emprego. Porque encerra uma modalidade de força maior, o *factum principis* exige a imprevisibilidade e a irresistibilidade, no tocante ao empregador.

Vale dizer, não há fato do príncipe se o ato da autoridade pública consiste em revogação de ato administrativo de concessão ou autorização, pois é previsível a ação revogatória. Também não há fato do príncipe se a determinação estatal foi motivada pelos

---

[108] Que sabemos ser devida, residualmente, apenas aos poucos empregados que não optaram pelo regime do FGTS antes de ser promulgada a Constituição de 1988 e continuam trabalhando.
[109] *Op. cit.* p. 394.
[110] Cf. OLIVEIRA, José César de. *Op. cit.* p. 504.

reflexos na sociedade da inadimplência do empregador e busca restabelecer o equilíbrio das relações sociais, de resto ameaçado pela imprevidência de tal empregador.

São raros, portanto, os casos de intervenção estatal que não derivem da má gestão empresarial ou não possam ser associados ao risco da atividade econômica, o que levou Valentin Carrion[111] a comentar:

> O instituto (o factum principis) se esvaziou no decorrer do tempo, se é que já não nasceu morto; a prática revela dois aspectos: se o ato da autoridade é motivado por comportamento ilícito ou irregular da empresa, a culpa e as sanções lhe são atribuídas por inteiro; se seu proceder foi regular, a jurisprudência entende que a cessação da atividade faz parte do risco empresarial e também isenta o poder público do encargo; o temor de longa duração dos processos judiciais contra a Fazenda Pública também responde por essa tendência dos julgados.

Ocorrendo o fato do príncipe, o ente estatal é responsabilizado quanto às *indenizações* decorrentes da dissolução do contrato. Mas somente as indenizações (artigo 486 da CLT) e, destas, as que têm a intervenção estatal como fato gerador (a exemplo do acréscimo de 40% sobre o FGTS e da indenização do artigo 479 da CLT).

Mesmo quando se configura o *factum principis*, as parcelas salariais (não indenizatórias) continuam devidas pelo empregador e há entendimento, anotado por Valentin Carrion[112], no sentido de outras parcelas dissolutórias (aviso prévio, férias e 13º salário proporcionais) serem indevidas, porquanto incompatíveis com a força maior – enquanto fato involuntário e extintivo de obrigação. Relembraremos, porém e mais adiante, que a força maior não interfere no débito de férias e 13º salário proporcionais.

Quando o empregador é notificado para se defender em processo judicial e invoca, em sua defesa, o fato do príncipe, cabe à Justiça do Trabalho verificar a pertinência da alegação e, sendo essa a hipótese, denuncia a lide[113] ao ente público cuja ação interventiva fez cessar, supostamente, o contrato de emprego.

Em se constatando o *factum principis*, a indenização porventura devida ao empregado o será pelo ente público, remetendo-se os autos do processo ao juízo federal ou da fazenda pública competente (artigo 486, §3º, da CLT).

F) Outros casos de cessação da empresa ou estabelecimento. Falência. Recuperação judicial. Liquidação extrajudicial

Referimos, aqui, a falência e a recuperação judicial do empresário-empregador para negar que nesses casos há, ou há necessariamente, a cessação dos contratos de emprego. Vamos por partes.

O artigo 64 da Lei 11.101, de 2005 (nova Lei de Falências), estatui que, durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê (de credores), se houver, e do administrador judicial. O dispositivo ressalva os casos em que o gestor da empresa é

---

[111] CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. p. 371.
[112] *Op. cit.* p. 372.
[113] A CLT prevê que a pessoa jurídica de direito público é *chamada à autoria*, porque o *chamamento à autoria* era o antigo nome da denunicação da lide, antes do CPC de 1973. Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues de. *Processo trabalhista de conhecimento.* São Paulo : LTr, 2000. p. 205.

afastado por práticas indevidas ou mesmo ilícitas, mas essa situação excepcional não traria, ao que nos parece, reflexos na seara trabalhista.

Diversamente do que sucedia na concordata (instituto jurídico extinto com o advento da Lei 11.101/2005), nos casos de recuperação judicial haverá a suspensão da prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor[114], salvo se o crédito correspondente não estiver abrangido pelo plano de recuperação apresentado por este ao juízo[115]. Havendo, contudo, a suspensão do prazo prescricional e das ações cognitórias e executivas, o §4º do artigo 6º da Lei 11.101, de 2005, é peremptório ao limitar esse tempo de suspensão, *verbis*:

> "Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial".

Restabelecendo-se o curso da ação judicial em que o empregado postula direitos inerentes ao vínculo de emprego, a Justiça do Trabalho estará apta a acolher todas as pretensões que se podem deduzir numa hipótese de descumprimento da ordem jurídica, inclusive aquelas que seriam decorrentes da dispensa sem justa causa. O fato de o empregador ter requerido a recuperação judicial de sua empresa não sucede em prejuízo dos direitos sociais.

Quanto à falência, convém sempre ter em mente que estamos a tratar de processo judicial que nasceu para atender ao interesse dos empresários – a princípio dos comerciantes e hoje sem qualquer restrição de atividade econômica – que enfrentavam intempéries econômicas ou crises de gestão. O fim maior de tal processo é a extinção das obrigações[116], mesmo daquelas que seriam honradas parcialmente durante a falência, sucedendo-se o restabelecimento da capacidade de o empresário malsucedido abrir novo negócio, quando terá virado uma página turbulenta de sua vida e a esquecerá, sem remorso com o que se passa na memória de seus antigos credores. Se essa é a teleologia da norma, a sua aplicação dependerá de sua afinidade com o valor social do trabalho, que é princípio constitucional.

Mas, ainda sobre a falência, consultemos logo as novas regras da Lei 11.101, de 2005. O primeiro dispositivo a ser cotejado com a matriz constitucional é o artigo 83, I, que limita a cento e cinqüenta salários mínimos por empregado o valor que preferirá a créditos de outra natureza, no momento em que os credores da massa falida recebem os seus haveres.

Talvez em desacordo com o que acontece na prática, o artigo 117 da Lei 11.101 prevê que os contratos bilaterais, a exemplo do contrato de emprego, não se resolvem pela

---

[114] *Vide* arts. 6º e 52, II, da Lei 11.101/2005, este último a esclarecer que o processo suspenso continua em poder do juízo trabalhista durante a suspensão. A propósito da concordata, orientava a Súmula 227 do STF: "A concordata do empregador não impede a execução de crédito nem a reclamação de empregado na Justiça do Trabalho".

[115] *Vide* art. 71, parágrafo único, da Lei 11.101/2005.

[116] Extinguem-se (ou prescrevem) inclusive as obrigações do sócio de responsabilidade ilimitada, a valer o art. 160 da Lei 11.101/2005. Os sócios de responsabilidade limitada obterão a pronúncia de prescrição dois anos após o encerramento da falência.

falência e podem ser, assim, executados pelo administrador judicial. Se ele, o administrador judicial, entender que é conveniente para a massa a resilição dos contratos, será a massa falida onerada em relação a todas as parcelas devidas nas hipóteses de dispensa sem justa causa, mas não se sujeitará ela à sanção do artigo 467 nem à multa do artigo 477, §8º, da CLT – conforme recomenda a Súmula 388 do TST.

De toda sorte, a prescrição contra as obrigações do falido se suspende[117], voltando a correr quando se dá o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência[118]. Em rigor, essa derradeira situação – a da retomada do prazo prescricional – somente acontecerá nos casos em que o empregado não habilitou o seu crédito no processo de falência, assim sucedendo porque não houve tempo para essa habilitação (o crédito se teria constituído quando o processo já havia iniciado) ou o credor trabalhista não teve conhecimento da quebra do seu empregador[119]. Fora daí, a sentença de encerramento da falência extinguirá a obrigação trabalhista da massa falida (mesmo que ela não tenha sido solvida por inteiro) e então não fará sentido cogitar de prescrição.

Sobre a liquidação extrajudicial das sociedades anônimas, prevista na Lei 6.024, de 1976, basta notar que ela não acarreta, por igual, a resolução dos contratos de emprego.

G) A confusão como causa extintiva da obrigação trabalhista

O artigo 381 do novo Código Civil[120] diz extinguir-se a obrigação "desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor". Dá-se, nesse caso, a *confusão*.

Acontece, por vezes, de o empregador ser pessoa física e ter o único filho como seu empregado. O falecimento do primeiro faz do segundo o seu sucessor universal, inclusive no tocante à titularidade da empresa. O exemplo é ilustrativo de como a confusão – o filho empregado não pode ser, após a morte do pai, credor dele próprio – pode fazer cessar o vínculo de emprego.

Em pequenos negócios, ocorre, também episodicamente, de o empregador ser sucedido, como titular da empresa, pelo seu próprio empregado. É evidente a impossibilidade de se preservar, no caso, o liame empregatício. Mas se o empregado apenas passa a integrar o quadro de sócios da organização patronal, mantendo-se a dependência hierárquica, decerto poderá ele agir contra a sociedade empresária que titulariza a organização produtiva, dela exigindo o cumprimento das obrigações trabalhistas, pois se distinguem, em princípio, as esferas de responsabilidade das pessoas jurídica e física.

19.6 O regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

19.6.1 A história e a estrutura do sistema de depósitos

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço nasceu como um sistema alternativo de indenização do tempo de serviço, pois veio substituir a parte do regime da CLT que previa indenização de antiguidade (artigo 478) e estabilidade após dez anos de emprego na

---

[117] Art. 6º da Lei 11.101/2005.
[118] Art. 157 da Lei 11.101/2005.
[119] Quanto a não valer a extinção das obrigações em relação aos empregados que não sabiam sobre a decretação de falência, parece-nos ser influente o art. 159, §4º, da Lei 11.101, de 2005.
[120] Artigo 1049 do Código Civil de 1916.

mesma empresa (artigo 492). Era um sistema opcional, podendo o empregado optar por ele ou, não fazendo tal opção, ser regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, sem ressalvas.

Em 1988, a Constituição (artigo 7º, III) estendeu o FGTS ao trabalhador rural, impondo-o a este e o convertendo em regime único para os empregados urbanos. Agindo desse modo, o constituinte pôs fim ao direito de opção que, em verdade, nunca foi propriamente exercido. Como nota Ribeiro de Vilhena[121], "apesar de a Lei 5107/66 enunciar o ato jurídico de incorporação do empregado em seu quadro através de uma manifestação de vontade chamada ´opção`, como um direito de escolha, a verdade é que quem sempre ´optou` foi o empregador, pois, antes de assinar-se a Carteira de Trabalho ou um contrato, seja de experiência, assina-se o termo de opção".

A bem da verdade, a prestação laboral do empregado então excluído do regime do FGTS não representava, ainda assim, um custo menor para o empregador (que não depositava 8% da remuneração do empregado em conta-vinculada, mas tinha que fazê-lo em conta-individualizada, para estorno posterior). Também por isso, o empregador *optava* por não ter um empregado que pudesse adquirir estabilidade.

A Lei 8.036, de 1990, atribuiu a um Conselho Curador, composto por representantes de trabalhadores e empregadores, órgãos e entidades estatais, o poder de estabelecer normas e diretrizes do FGTS (artigo 3º), cometendo ao Ministério da Ação Social a gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e à Caixa Econômica Federal a responsabilidade de agente operador.

19.6.2 Alíquotas e titulares do direito ao FGTS

O artigo 15 da Lei 8036, de 1990, obriga os empregadores a depositar em conta vinculada de seus empregados quantia correspondente a 8% da remuneração a estes paga, reduzindo-se a 2% essa alíquota em se cuidando de empregado aprendiz (artigo 15, §7º). A contribuição é facultativa sobre as retiradas de diretores não empregados[122].

Recentemente, sucessivas medidas provisórias, afinal convertidas na Lei 10208, de 2001, acresceram à Lei 5859, de 1972, alguns artigos, entre estes o que faculta ao empregador doméstico requerer a inclusão de seu empregado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (artigo 3º-A).

A Lei 9601, de 21 de janeiro de 1998, permite que normas coletivas de trabalho autorizem a contratação por tempo determinado. Em seu artigo 2º, II, está prevista a redução a 2% da alíquota para o FGTS dos empregados que forem contratados, sob a sua regência, nos sessenta meses seguintes à edição de citada lei.

Há, em vigor, medida provisória que acrescenta à Lei 8036, de 1990, o artigo 19-A, este a exigir a incidência do FGTS sobre os salários pagos ou devidos por força de contrato de emprego com ente público que tenha sido declarado nulo, dada a inocorrência de concurso para a investidura desse empregado.

---

[121] VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O novo FGTS. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo : LTr, 1993. p. 580.
[122] *Vide* Súmula 269 do TST.

19.6.3 Natureza jurídica do FGTS. Contribuição social ou salário diferido. A Lei Complementar 110 e sua aparente inconstitucionalidade

Por fazer único o regime do FGTS, ao menos quanto aos empregados não domésticos, a Constituição de 1988 ressuscitou a discussão sobre a natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Sergio Pinto Martins[123], mostrando-se familiarizado também no trato de matéria tributária, expõe as teorias que versam sobre o tema e, ao final, sustenta que, no tocante ao empregado, o FGTS é um instituto de natureza trabalhista; quanto ao empregador, o FGTS vem a ser uma contribuição social, espécie do gênero tributo.

Vamos nos deter, inicialmente, na caracterização do FGTS como *contribuição social*. Interessante é notar, com Hugo de Brito Machado[124], que o tributo parafiscal não foi definido pelo Código Tributário Nacional e, apoiando-nos em Becker, poderíamos rematar que a contribuição social parece fugir à regra geral das relações tributárias, que têm o Estado como sujeito ativo[125]. Sustenta Becker que "nunca poderão ser sujeito ativo de relação jurídica tributária, nem o indivíduo humano, nem a pessoa jurídica não-estatal", explicando que mesmo sendo válida, eventualmente, a regra jurídica que atribuir a posição de credor à pessoa física ou jurídica não-estatal, excluir-se-á a natureza tributária da obrigação que desse modo se estabelecer[126].

O tema merece alguma ponderação, porém. Vale ressaltar que o art. 149 da Constituição permitiu à União instituir tributo (contribuição social) como instrumento de atuação das categorias profissionais ou econômicas em suas respectivas bases territoriais, não autorizando a utilização, a qualquer título, desses recursos financeiros pela própria União. O trecho pertinente do dispositivo ("contribuições sociais... de interesse das categorias profissionais ou econômicas, *como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas*") não deixa margem a dúvida.

Importa frisar que o argumento não contraria aquele anterior, que reclama estar o ente público no pólo positivo da relação tributária, porquanto possa o Estado situar-se na posição de sujeito ativo da relação, mas a instituir tributo cuja destinação reverta integralmente em favor de ente não-estatal, mediante seu repasse após a arrecadação

---

[123] *Op. cit.* p. 394.

[124] Hugo de Brito Machado, após definir o tributo parafiscal como aquele cujo objetivo é "a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, são funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas", remata: "Na verdade o tributo é instrumento de transferência de recursos financeiros do setor privado para o Estado. O Código Tributário Nacional, embora não o diga expressamente, ao definir tributo, em seu art. 3º, conduz a este entendimento. Por isto mesmo não tratou das chamadas contribuições parafiscais" (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 52).

[125] BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª edição. São Paulo : Lejus, 1998. p. 274. Em estudo minudente e igualmente criterioso, Becker identifica no sujeito ativo da relação tributária "os três elementos essenciais: a) ser Órgão estatal; b) exercer (exclusivamente ou simultaneamente) função executiva; c) estar revestido de personalidade jurídica".

[126] BECKER, Alfredo Augusto. *Op. cit.* pp. 276-278. Concluindo, o autor lembra que o legislador defronta-se com a seguinte alternativa, quando investe pessoa não-estatal no pólo positvo dessas relações jurídicas: "a) ou colocava o Estado na posição de sujeito ativo de uma relação jurídica tributária, cujo tributo teria uma *destinação determinada*, a saber, a entrega àquele indivíduo humano (...); b) ou colocava aquele indivíduo humano (ou pessoa jurídica não-estatal) *diretamente* na posição de sujeito ativo, da relação jurídica, a fim de perceber diretamente do sujeito passivo (...)".

(mesmo a arrecadação pode ser delegada a instituições bancárias, conforme artigos 6º e 7º do CTN). A destinação aos trabalhadores, que integram uma categoria profissional, seria irrelevante para que se configurasse a natureza tributária, consoante reza o artigo 4º, II, do Código Tributário Nacional e ensina Alfredo Becker[127].

O artigo 149 remete ao art. 146, III, da Constituição e este, por seu turno, diz caber à lei complementar "estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies [...]; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários [...]". Sustenta-se, contudo, que o Código Tributário Nacional estaria vigendo como se lei complementar tributária fosse, assim se posicionando os mais festejados intérpretes do direito fiscal. Anote-se ainda que o CTN regula os tributos como meio de transferir dinheiro de particulares para o Erário (fato inocorrente pela via da contribuição sindical), mas ressalva, em seu art. 217, IV, a exigibilidade da contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

É defensável, por tais razões, a tese de o FGTS ser, na perspectiva do empregador, uma contribuição social. Aliás, essa orientação justificou, em 2001, a edição da Lei Complementar n. 110, que instituiu contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa de empregado, na proporção de 10% sobre o montante dos depósitos na conta vinculada, com os acréscimos legais (artigo 1º). A mesma lei complementar instituiu uma outra contribuição social com alíquota de 0,5% sobre a remuneração mensal do empregado (artigo 2º).

Num primeiro momento, alguns empregados postularam a indenização de valor equivalente a essas novas alíquotas (8% + 0,5% por mês e 40% + 10% na dispensa sem justa causa), pois não perceberam que as contribuições sociais criadas pela Lei Complementar n. 110 não revertiam em seu favor, diretamente. O valor arrecadado servirá para o Fundo pagar o valor resultante da atualização monetária suprimida em dezembro de 1988, fevereiro de 1989 e abril de 1990. O que pode pedir o empregado é a incidência do acréscimo indenizatório de 40% sobre o produto desses reajustes, caso dispensado sem justa causa.

Não custa questionar, entretanto, a constitucionalidade da citada lei complementar, que transfere a empregadores um débito do sistema financeiro estatal e ignora o preceito do artigo 7º, III, da Constituição, que estatui ser o FGTS um direito social *do empregado urbano ou rural*. É, ainda, da essência do FGTS a responsabilidade de o empregador recolhê-lo sobre a remuneração de cada um de seus empregados, estritamente. Tal norma infraconstitucional é, portanto, anti-sistêmica, porquanto obrigue os atuais empregadores a prover o saldo do FGTS relativo a trabalhadores estranhos aos seus quadros de empregados, saldo este resultante de depósitos cuja atualização monetária foi negligenciada pelo Estado.

Quanto ao FGTS ser *salário diferido*, na perspectiva do empregado, entendemos que essa posição possa ser defendida com desassombro, a partir da edição do atual texto constitucional. É que antes de sua promulgação, o empregado perdia o FGTS que não podia ser por ele sacado, ao final do vínculo. Atualmente, quando o empregado é dispensado por justa causa ou se demite, o saldo de FGTS é mantido em sua conta vinculada, podendo ser levantado em virtude de motivo (previsto em lei) diferente da

[127] Becker, Alfredo Augusto. *Op. cit.* p. 277.

dispensa por justa causa ou extinção da empresa ou, afinal, sobrevindo a sua aposentadoria[128].

Por conseguinte, não se pode mais cogitar de indenização ou mesmo de prêmio, ao se investigar a natureza jurídica do FGTS. É ele um complemento do salário cuja percepção, pelo empregado, é adiada.

19.6.4 A movimentação da conta vinculada

O saldo da conta vinculada pode ser sacado, pelo empregado, nas situações tipificadas em incisos do artigo 20 da Lei 8036, de 1990. Tratam esses incisos, com pormenores, de levantamento possível em razão de despedida sem justa causa, inclusive a indireta, por culpa recíproca e por força maior; extinção total da empresa ou fechamento de estabelecimento; aposentadoria; falecimento do trabalhador; pagamento de prestações do Sistema Financeiro Habitacional; aquisição de moradia; conta inativa; extinção normal do contrato a termo; suspensão do trabalho avulso; neoplasia maligna; aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização.

Se o empregado é dispensado sem justa causa, assiste-lhe o direito a indenização de valor equivalente a 40% do montante dos depósitos em sua conta vinculada, acrescido de juros e correção monetária. Em hipóteses de cessação do contrato por culpa recíproca ou força maior, a indenização é devida, mas por metade (20%). Essa indenização deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador, para que este a levante em seguida, dada a necessidade de se coibir a resilição simulada de contratos (que visavam ao saque em meio ao vínculo de emprego), tudo em conformidade com o artigo 18 e parágrafos da Lei 8036, de 1990.

19.7 A forma e a força liberatória do recibo firmado no desate contratual

Na ocasião em que estudamos a resilição do contrato por iniciativa do empregado (demissão), pudemos constatar que a mais alta jurisprudência trabalhista é inflexível ao afirmar a invalidade do pedido de demissão de empregado com mais de um ano de serviço, sem a assistência sindical ou ministerial. Sem o mesmo rigor, mas com firmeza, não se tem validado a quitação de verbas da dissolução contratual após o primeiro ano de contrato, sem tal assistência (artigo 477, §1º, da CLT). Inexistindo sindicato ou representação do Ministério do Trabalho na localidade, vale a assistência de órgão do Ministério Público, do Defensor Público ou, se impedidos estes, do Juiz de Paz (§3º).

Ocorre, contudo e por vezes, de o próprio empregado admitir, em juízo, que recebeu as verbas discriminadas em recibo firmado na cessação do contrato, não obstante a ausência da assistência exigida no artigo 477, §1º e 3º, da CLT. Havendo prova inconcussa do pagamento, o bom senso recomenda que não se prestigie o enriquecimento sem causa. A matéria é motivo de dissenso jurisprudencial, contudo, dada a sanção de nulidade (não validade) prescrita no citado dispositivo.

A lei exige que o pagamento das verbas rescisórias (*rectius:* parcelas dissolutórias) se dê em dinheiro ou, se o empregado for alfabetizado, em cheque visado (artigo 477, §4º, da CLT). O pagamento complessivo (um valor global a quitar várias parcelas) é mais uma vez vedado, pois o §2º do artigo 477 da CLT é explícito:

---

[128] *Vide* artigo 35, §§ 1º e 2º, do Decreto 99684/90, que regulamenta a Lei 8036, de 1990.

> "O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas".

Havendo crédito do empregador, a compensação deste não pode exceder, nessa ocasião da cessação do contrato, o valor que corresponder a um mês de remuneração (§5º).

Questão tormentosa foi, por um tempo longo, a de definir se o empregado poderia postular diferenças de verbas pagas na cessação do contrato após ser assistido por seu sindicato, no ato em que as recebeu. Contra a tese de que haveria ato jurídico perfeito, vale dizer, a quitação irrevogável de títulos e valores referidos em tal recibo, posicionou-se o Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente, no sentido de a quitação ser concernente apenas aos *valores* discriminados no documento.

Com o intuito de estimular a assistência sindical e evitar o congestionamento das pautas de juízes do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho editou novo enunciado da súmula de sua jurisprudência, recomendando a eficácia liberatória dos recibos passados ao término dos contratos de emprego, sob a assistência do sindicato obreiro. Surgiu, assim e como alvo de aplausos e apupos, a Súmula 330 do TST.

A alta Corte Trabalhista constatou, então, que os sindicatos estavam evitando homologar (*rectius:* assistir os empregados em) os Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho, pois é certo que os títulos e valores por eles quitados são, regra geral, somente aqueles cujo débito é preestabelecido pelo empregador, não havendo transação a ensejar pagamento de quantia maior que a admitida, desde sempre, pelo empregador. Em verdade, a tendência de judicialização dos conflitos trabalhistas, que é uma característica de nossa cultura, parece ter obnubilado a percepção dos dirigentes sindicais, que não perceberam, na Súmula 330 do TST, a necessária autorização para prevenir conflitos trabalhistas, convolando transações extrajudiciais sobre fatos e direitos realmente controvertidos.

O TST reviu a redação da Súmula 330, para frisar a possibilidade de os sindicatos ressalvarem valores de parcelas dissolutórias, quando assistissem os empregados. Os sindicatos reagiram, uma vez mais, de modo a negar os efeitos do citado verbete da súmula do TST, já que ressalvavam, não raro, todas as parcelas e valores contidos no recibo concernente à cessação do contrato. Ante os efeitos deletérios da primeira e da segunda empresas, o TST se fez receptivo à insatisfação dos sindicatos e de seus representados, dando ao multicitada Súmula 330 do TST a sua redação mais recente:

> "A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos no parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.
>
> I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que essas constem desse recibo.
>
> II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação".

Logo, o fato de o sindicato assistir o empregado, na dissolução de seu contrato, não impedirá que esse trabalhador dirija-se à Justiça do Trabalho em busca da diferença de parcelas que foram, em parte, quitadas sob tal assistência.

19.8 Efeitos da cessação do contrato de emprego

Sob o ponto de vista prático, inquieta ao agente do direito do trabalho a tarefa de identificar as possíveis pretensões de empregados cujo contrato foi atingido por resilição, resolução, rescisão ou caducidade. É interessante enumerar quais os direitos que resultam da cessação do contrato e listar os casos em que há o cabimento de cada um desses direitos.

19.8.1 O direito à reintegração

Ao enfrentar um conflito dessa ordem, a primeira preocupação deve ser a de consultar as peculiaridades do caso concreto para definir se o contrato podia ser dissolvido, como fora. Importa saber se há estabilidade, definitiva ou provisória, a proteger o emprego. Se o contrato se dissolvera por iniciativa do empregador e o empregado era estável, deve este postular a reintegração, com salários vencidos e vincendos, além de férias, 13º salário, FGTS e outras parcelas acaso suprimidas em razão do afastamento.

A Súmula 244 do TST parece rejeitar o direito à reintegração da empregada gestante, restringindo o seu direito à indenização de valor equivalente aos salários do período de estabilidade. Mas é interessante notar que o enunciado de súmula foi editado em 1985, quando a garantia de emprego em favor da gestante não se apresentava, ainda, com a dimensão de estabilidade, que foi assegurada pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988. É razoável concluir que a empregada deverá pedir a reintegração, se gestante e estável, nos dias que correm.

Mas é conveniente o ajuizamento da ação trabalhista, que visa à reintegração, quando ainda está em curso o período de estabilidade. Se o julgamento for favorável ao empregado e se der após o termo final do tempo de estabilidade, ao juiz cabe ordenar a conversão em pecúnia (salários e etc.) do direito à reintegração.

A jurisprudência tem sido resistente à possibilidade de o empregado ajuizar ação, visando à sua reintegração no emprego, quando o período de estabilidade já se exauriu. É que, nesse caso, o empregado terá impedido o empregador de satisfazer a pretensão principal, qual seja, a de restabelecer o emprego. É certo dizer que o direito à estabilidade não tem a indenização como o fim que pretende colimar.

O próximo capítulo tratará do o direito à estabilidade no emprego. Antes, porém, vamos tentar referir as parcelas que são devidas em hipóteses de dissolução válida do contrato de trabalho.

19.8.2 As prestações típicas da dissolução do contrato

É exato afirmar que o empregado cujo contrato se dissolveu pode ter direito, a depender do tipo de cessação do contrato que se realizou na situação concreta, a deduzir as pretensões seguintes:

A) Indenização e integração do período de aviso prévio

Pudemos notar que o empregado pode postular que o seu período de aviso prévio seja indenizado e integrado ao tempo de serviço sempre que o empregador o dispensar sem justa causa e não o tiver notificado na forma legal, com a antecedência mínima de trinta dias. A obrigação de pré-avisar inclui a redução de carga horária, exigida, em relação aos empregados urbanos, pelo artigo 488 e seu parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não é lícito pedir o tempo correspondente à redução de jornada (duas horas diárias) como horas extraordinárias, consoante preconiza a Súmula 230 do TST.

Também já pudemos perceber que, excetuando a regra geral, entende-se devida a indenização do aviso prévio, com integração ao tempo de serviço, em casos de ruptura antecipada de contratos a termo que contenham a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão (artigo 481 da CLT) e também nas hipóteses de despedida indireta (artigos 483 e 487, §4º, da CLT).

Havendo a indenização do período de aviso prévio, na forma do artigo 487, §1º, da CLT, o seu valor corresponderá ao *salário* que seria pago nesse período. A Súmula 354 do TST exclui a gorjeta desse cálculo e, assim, orienta que seja o salário, e não a remuneração, a base de cálculo do aviso prévio indenizado.

Se é o empregado quem se demite, sem dar o aviso prévio, pode o empregador descontar de eventuais créditos desse empregado o valor que equivaler ao salário do período de aviso prévio (artigo 487, §2º, da CLT). A princípio, não pode o empregador exigir indenização nesse valor, mas apenas proceder a desconto, se crédito do empregado houver.

B) Férias em dobro, simples e proporcionais

O artigo 146 da CLT deixa claro que as férias adquiridas devem ser indenizadas, ainda que o empregado tenha cometido justa causa. Em qualquer caso de dissolução contratual, as férias adquiridas, que o jargão forense converte em *férias vencidas*, estarão asseguradas ao trabalhador.

Exaurido o período concessivo, pedem-se férias em dobro, ou melhor, a indenização das férias na forma dobrada. Se o período concessivo ainda fluía ao tempo em que houve a cessação do contrato, as férias são devidas na forma simples.

Sobre o período aquisitivo que estava em curso quando aconteceu a cessação do contrato, dá ele ensejo às férias proporcionais (indenização de valor proporcional ao tempo de aquisição de férias interrompido: 1/12 da remuneração, não apenas do salário, por cada mês contratual ou fração superior a quatorze dias[129]). Vimos que a primeira verificação é atinente, nesse caso, ao tempo de serviço: se o empregado contava menos de um ano de emprego, as férias proporcionais *são devidas somente* nas hipóteses de extinção normal do contrato a termo ou dispensa sem justa causa (artigo 147 da CLT); se o empregado contava com mais de um ano de emprego, as férias proporcionais *somente não são devidas* nas hipóteses em que ele for despedido sem justa causa (artigo 146, parágrafo único, da CLT).

[129] Exemplo: se o empregado foi admitido em 12/fev/2002 e despedido em 28/maio/2002, recebendo salário mensal de R$ 2.400,00, terá ele direito a férias proporcionais no importe de R$ 800,00 (R$ 2.400,00 x 4/12, com acréscimo de 1/3), se lhe foi regularmente concedido o aviso prévio (não houve indenização e integração ao tempo de serviço, portanto, do período de aviso prévio).

Citando os casos mais comuns, vale dizer que a dispensa sem justa causa sempre dá direito a férias proporcionais; a dispensa por justa causa nunca assegura o direito a férias proporcionais; o empregado que se demite tem direito a férias proporcionais se tiver mais de um ano de emprego[130].

As férias em dobro, as férias simples e as férias proporcionais devem ser remuneradas ou indenizadas, indistintamente, com o acréscimo de 1/3 (um terço) sobre o salário, previsto no artigo 7º, XVII, da Constituição. A Súmula 328 do TST é enfático: "O pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da Constituição da República de 1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto em seu art. 7º, inciso XVII".

C) Décimo terceiro salário proporcional

O artigo 1º, §1º, da Lei 4090, de 1962, garante o 13º salário, que a lei ainda denominava *gratificação natalina*, explicitando que o seu valor deve corresponder a 1/12 (um doze avos) da remuneração, não somente do salário, devida em dezembro. O §2º do mesmo dispositivo esclarece que a fração igual ou superior a quinze dias deve ser considerada como mês integral, para tais efeitos. Ditos preceitos de lei se reportam ao 13º salário devido em dezembro, quando o contrato está em curso ou cessa após o dia quinze desse mês.

Por coerência, o artigo 1º, §3º, da citada Lei 4090, estatui que o 13º salário proporcional é devido, mesmo quando o contrato termina antes do mês de dezembro, nas seguintes hipóteses: a) extinção normal dos contratos a prazo; b) cessação do contrato resultante da aposentadoria; c) dispensa do empregado sem justa causa.

O dispositivo em tela (artigo 1º, §3º, da Lei 4090) refere-se, em verdade, à *rescisão sem justa causa* e poderia ser interpretado como a se reportar não somente à despedida, mas também à resilição contratual que ocorre por iniciativa do próprio trabalhador. Essa discussão foi superada pela Súmula 157 do TST, que recomenda: "A gratificação instituída pela Lei 4090, de 1962, é devida na resilição contratual de iniciativa do empregado". Comentando o verbete, Francisco Antônio de Oliveira[131] reproduz ementa emblemática do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento no qual figurou o Ministro Evandro Lins como relator:

> "O décimo-terceiro salário é devido, proporcionalmente aos meses trabalhados, mesmo quando o empregado pede demissão, rompendo espontaneamente o contrato de trabalho. O direito do empregado à sua percepção é conquistado mês após mês, tanto que, se demitido sem justa causa, pelo empregador, antes do advento do mês de dezembro, somente receberá tantos avos quantos meses efetivamente trabalhados".

É importante notar que o cálculo de férias proporcionais leva em conta o mês contratual, da mesma forma como as férias vencidas têm como parâmetro o ano contratual, e não o ano civil. Já para o 13º salário proporcional, computa-se o mês civil, assim se considerando a fração de mês igual ou superior a quinze dias. O empregado que recebe salário de R$ 1.200,00 e trabalha de 03/jan/2001 a 16/jul/2001, sendo despedido após a regular concessão de aviso prévio, tem direito de receber R$ 800,00 (6/12 da remuneração,

---

[130] *Vide* Súmula 261 do TST.

[131] OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos enunciados do TST*. p. 380.

acrescida de 1/3 do salário) a título de férias proporcionais e 13º salário proporcional no valor de R$ 700,00 (7/12 da remuneração). No cálculo de férias proporcionais, consideramos que havia seis meses e quatorze dias de trabalho. No cálculo de 13º proporcional, computamos cinco meses completos (fevereiro a junho) e mais duas frações de mês de mais de quatorze dias (29 dias em janeiro e 16 dias em julho).

D) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e acréscimo indenizatório de 40%

Consoante sobrevisto, ao empregado que tem dissolvido o seu contrato é assegurado o direito a sacar o saldo existente em sua conta vinculada quando há (artigo 20 da Lei 8036/90):

I) dispensa sem justa causa do empregado;

II) despedida indireta (artigo 483 da clt);

III) cessação do contrato por culpa recíproca;

IV) cessação do contrato por motivo de força maior;

V) extinção total da empresa ou fechamento de um seu estabelecimento;

VI) aposentadoria do empregado;

VII) falecimento do trabalhador;

VIII) extinção normal do contrato a termo.

Acrescentou-se à Lei 8036, de 1990, o artigo 19-A, exigindo a incidência do FGTS sobre os salários pagos ou devidos por força de contrato de emprego com ente público que tenha sido declarado nulo, por não se ter submetido o empregado ao concurso de provas ou de provas e títulos.

Sendo o contrato lícito e o empregado dispensado sem justa causa, assiste-lhe o direito, ainda, a indenização de valor equivalente a 40% do montante dos depósitos em sua conta vinculada, acrescido de juros e correção monetária. Formulários e mesmo decisões judiciais denominam essa *indenização* de *multa*, sem que a imprecisão terminológica acarrete algum problema.

Nas hipóteses de cessação do contrato por culpa recíproca ou força maior, a citada indenização é devida, mas por metade (20%).

A indenização sob comento deve ser depositada na conta vinculada do trabalhador, em conformidade com o artigo 18 e parágrafos da Lei 8036, de 1990. Se o empregador assim não procede, pode o empregado postular o pagamento direto, pois o depósito em conta vinculada tem o objetivo de evitar a fraude, que nesse caso não estaria a ocorrer.

É oportuno reiterar que as contribuições sociais previstas na Lei Complementar n. 110, de 2001, devidas pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa de empregado, na proporção de 10% sobre o montante dos depósitos na conta vinculada, e com alíquota de 0,5% sobre a remuneração mensal do empregado, não revertem em favor do empregado, diretamente.

E) Multa do artigo 477, §8º, da CLT

A multa, agora sob exame, é devida sempre que o prazo para pagamento das verbas da dissolução contratual não é cumprido. O prazo pode ser de um ou de dez dias, conforme preceitua o artigo 477, §6º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Se o aviso prévio é regularmente concedido, as verbas da resilição contratual devem ser pagas no dia útil imediato ao término do contrato (artigo 477, §6º, a, da CLT). Os intérpretes e agentes do direito do trabalho desconfiam, porém, do aviso prévio que é cumprido em casa, pois esse não pode ser um artifício para postergar, simplesmente, o pagamento das parcelas dissolutórias. Por isso e porque o artigo 477, §8º, da CLT prevê que o prazo é de dez dias, a partir da notificação da demissão (*sic*), quando é dispensado o cumprimento do aviso prévio, entende-se que se o empregado cumprir o aviso prévio em casa, sendo liberado do trabalho nesse período, obtém, então, o direito de receber as citadas verbas no decêndio seguinte ao dia em que foi informado da dispensa[132].

Mas se o aviso prévio é indenizado pelo empregador, integrando-se ao tempo de serviço o seu período, ou ainda se o aviso prévio não é devido (casos de resolução contratual ou de contrato a termo, por exemplo), o prazo para pagamento das verbas dissolução contratual é de dez dias a partir do dia da cessação do contrato (artigo 477, §6º, b, da CLT). Aqui como lá, o prazo é contado com exclusão do dia de começo e inclusão do dia de vencimento, conforme orientação jurisprudencial n. 162 da SDI I do TST, prorrogando-se até o dia útil seguinte, ao que entendemos, sempre que o seu termo final coincidir com dia em que não há expediente na empresa ou, sendo o caso, na sede do órgão incumbido da assistência ao empregado (artigo 477, §§ 1º e 3º, da CLT).

O não pagamento no prazo de um ou dez dias tornará devida a multa, prevista no artigo 477, §8º, da CLT. É certo que o empregador se exime da multa se prova, inclusive através de declaração do Ministério do Trabalho ou do sindicato, que a mora é do credor, pois tal empregador teria, sem êxito, envidado esforços para realizar o pagamento.

A multa, em favor do empregado, tem valor *equivalente ao seu salário*, segundo a norma que ora analisamos. A interpretação mais razoável do dispositivo legal conduz ao entendimento de que essa multa deve ter o salário por dia de trabalho como parâmetro, multiplicando-se-o pelo número de dias em mora. A multa terá valor maior na proporção em que é maior o tempo de atraso no pagamento, não onerando o empregador que atrasa um dia, por eventual descuido, com o valor cobrado ao empregador que está em mora faz meses ou anos. Dá-se, aqui e sobretudo, um estímulo ao pagamento das parcelas em questão, pois a multa tem valor proporcional ao tempo de *mora debitoris.*

Malgrado tudo isso, os empregados pedem e, assim provocados, os juízes deferem a multa no valor de um salário mensal, tanto contra o empregador que está em mora há poucos dias como contra aquele que está assim há mais de um mês. É de se lamentar essa acomodação da jurisprudência.

A multa é devida em qualquer caso de cessação contratual, desde que constatado débito do empregador gerado pela cessação do contrato e ocorra a mora. Salvam-se, como antevisto, a hipótese de falência do empregador e, a nosso sentimento, os casos de resolução contratual que sejam incompatíveis com o prazo fixado no artigo 477, §6º, da CLT, a exemplo da morte do empregado, força maior e morte do empregador

---

[132] *Vide* orientação jurisprudencial n. 14 da SDI 1 do TST.

pessoa física. Percebe-se forte jurisprudência no sentido de não caber a multa em casos de dispensa por justa causa, mas entendemos que a alegação precisa ser procedente, para que não se use a imputação falsa de justa causa como um ardil para evitar o pagamento da multa prevista no artigo 477, §8º, da CLT.

Outro ponto de polêmica jurisprudencial sempre foi a imposição da multa do art. 477, §8º, da CLT nos casos em que o vínculo de emprego é reconhecido apenas em juízo. De um lado, advoga-se que o empregador de boa-fé seria lesado quando se impusesse a ele uma sanção legal em consequência de liame empregatício que ele imaginava ser de outra natureza; de lado oposto, rebate-se que não se pode privilegiar a torpeza dos empregadores que mantêm empregados na informalidade. Está a parecer que o TST adotou esse último entendimento ao revogar a orientação jurisprudencial 351 da SDI 1[133].

F) Sanção do artigo 467 da CLT

Até o início de setembro de 2001, o artigo 467 da CLT cominava uma sanção que correspondia à dobra do salário retido, sempre que havia cessação do contrato e o empregador não quitava o salário incontroverso até a primeira audiência do processo judicial movido pelo empregado. A Lei 10.272, de 2001, alterou a redação do artigo 467 da CLT, que passou a conter a seguinte prescrição:

> "Em caso de rescisão (*rectius:* cessação) de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de 50% (cinqüenta por cento)".

É evidente que se não houver controvérsia sobre qualquer das verbas dissolutórias, estará o empregador na contingência de pagá-las, todas, até a primeira audiência em sede judicial, sob pena de as dever, daí por diante, com o acréscimo de 50%. Mas é importante lembrar que a cominação somente é válida nos casos em que já houve a dissolução do contrato (o que é lógico, pois, do contrário, não seriam devidas as tais verbas) e a jurisprudência, com razão, tem entendido que a controvérsia sem consistência, instaurada com o fito exclusivo de elidir a sanção do artigo 467 da CLT, em rigor não a afasta. Exemplo disso é a alegação do empregador de que teria pago as verbas dissolutórias, quando ele sequer tenta comprovar o pagamento. A elisão da pena imposta pelo artigo 467 da CLT pressupõe controvérsia *séria* sobre o débito em discussão.

Por fim, faz-se oportuno aludir ao princípio da extrapetição. É que há, aparentemente, consenso jurisprudencial quanto a ser devida a sanção prevista no artigo 467 da CLT mesmo quando o empregado não a pede, ao propor a sua ação trabalhista.

G) Indenização adicional. Artigo 9º da Lei 7238/84

O artigo 9º da Lei 7238, de 1984, reproduziu o artigo 9º da Lei 6708, de 1984. Uma e outra leis regulavam, a seu tempo, a correção automática semestral dos salários. Rezava o citado artigo de lei:

---

[133] A Orientação Jurisprudencial 351 da SDI 1 tinha o teor seguinte: "Incabível a multa prevista no art. 477, §8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa".

> "O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço".

Para além da discussão atinente ao valor da indenização adicional[134], uma primeira questão se levantou: o período de trinta dias, que antecedia a correção salarial, deveria considerar a integração ao tempo do serviço do período de aviso prévio indenizado? A resposta é afirmativa, em se adotando a Súmula 182 do TST. Se o empregado integra categoria profissional que tem data-base em primeiro de maio e é dispensado, sem justa causa e sem aviso prévio, em início de março do mesmo ano, a integração do período de aviso prévio, a ser indenizado, certamente fará devida a indenização adicional.

Em contrapartida, tem-se decidido que não é devida essa indenização quando a integração do aviso prévio indenizado projeta a cessação do contrato para depois da data-base[135] (o que ocorreria, no nosso exemplo, se a dispensa do empregado se desse em abril).

Embora os reajustes semestrais automáticos já não sejam devidos, pois a política governamental de salário se modificou com o tempo, decerto que a angústia de ser dispensado às vésperas da data-base de sua categoria permanece, sendo esse o caso.

O preceito legal não protegia o empregado, somente, contra a despedida que parecia ser obstativa do reajuste salarial. Mais que isso, tentava estatuir sanção pecuniária para inibir a conduta patronal que resultava em impedir que o empregado melhorasse o seu poder aquisitivo, vivendo tempos de novo padrão salarial. Tanto assim que a Súmula 314 do TST recomenda:

> "Ocorrendo a rescisão contratual no período de 30 (trinta) dias que antecede a data-base, observado a Súmula n. 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis ns. 6708/79 e 7238/84".

Mas, note-se bem: a indenização somente é devida em caso de dispensa sem justa causa, ocorrida no trintídio anterior à data-base.

H) Seguro-desemprego

O seguro-desemprego é um benefício custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador e é pago aos trabalhadores que estão com o seu contrato de trabalho suspenso em virtude de participação em curso ou programa de qualificação profissional (artigo 2º-A da Lei 7998/90) ou, ao que nos interessa, a empregados dispensados sem justa causa que comprovem:

I) Ter recebido salário nos seis meses que antecederam a dispensa;

II) Haver sido empregados por pelo menos quinze meses nos últimos vinte e quatro meses;

III) Não estar em gozo de benefício previdenciário de prestação continuada, exceto o auxílio-acidente, o auxílio suplementar e o abono de permanência;

---

[134] Sobre o valor da indenização adicional, consultar a Súmula 242 do TST.

[135] *Vide* TST, 2ª Turma, AIRR-779.369/2001, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, DJ 13/02/2004; TST, 4ª Turma, RR-1027/2002-141-18-00.5, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 10/09/04.

IV) Não estar em gozo de auxílio-desemprego;

V) Não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

O valor de cada parcela do benefício observa piso (salário mínimo) e teto previstos em resoluções do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador – CODEFAT, variando o número de parcelas em função do tempo de emprego[136]. O artigo 14 da Resolução n. 252, de 4 de outubro de 2000, do CODEFAT, exige que o empregado requeira o benefício a partir do 7º (sétimo) e até o 120º (centésimo vigésimo) dias subseqüentes à data da dispensa sem justa causa.

O empregado que não recebe a *Comunicação de Dispensa* do seu empregador, ao ser dispensado sem justa causa, pode requerer o benefício, ainda assim, pela via administrativa. Mas é certo que a eventual informalidade do contrato (sem anotação na CTPS) ou a falsa imputação de demissão (resilição por iniciativa do empregado) ou de justa causa inviabilizarão o recebimento.

Atento a qualquer possibilidade de o empregado sofrer dano em razão de o seu empregador ser omisso, não lhe entregando os documentos úteis ao requerimento de seguro-desemprego, a SDI I do Tribunal Superior do Trabalho afirmou a competência da Justiça do Trabalho para prover nesses casos[137] e editou a orientação jurisprudencial n. 211, que é conclusiva em seu final: "O não fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização". Se há dano conseqüente de omissão do empregador, não poderia ser outra a solução judicial, mormente em sede trabalhista.

I) Indenização por danos morais

O que se questiona é a possibilidade de a imputação de justa causa configurar dano moral, quando o empregador a alega, mas dela não faz prova ou resulta vencido no processo trabalhista em que são pedidas as verbas resilitórias.

A nosso pensamento, a alegação de justa causa precisa mesmo ser refletida ou precedida de máxima ponderação, porque é evidente que causa dor (dano extrapatrimonial) a imputação injusta. Até aqui, cogitamos do dano moral cuja reparação fora erigida a direito fundamental pelo art. 5º, V, da Constituição.

Num parêntese, cabe redargüir que há, contudo, um outro direito fundamental que não pode ser relevado, quando se está a discernir que implicações decorrem da alegação malsucedida de justa causa. Referimo-nos ao direito de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição. Também exerce direito fundamental, pois, o empregador que postula a apreciação pelo Poder Judiciário de *matéria de defesa*, como se nota em ementa que provém do Excelso Pretório[138]:

---

[136] O artigo 2º da Lei 8900, de 1994, limita a três parcelas o benefício em favor do trabalhador que comprovar, nos últimos trinta e seis meses, emprego por seis meses, no mínimo, e por onze meses, no máximo; quatro parcelas, para o trabalhador que comprovar emprego por doze meses, no mínimo, e por vinte e três meses, no máximo, nos últimos trinta e seis meses; cinco parcelas, para emprego por no mínimo vinte e quatro meses, nos últimos trinta e seis meses.

[137] *Vide* orientação jurisprudencial n. 210 da SDI I do TST.

[138] STF, 2ª T., Rextr n. 172084/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ Seção I, 3 mar. 1995, p. 4111.

> "A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República"

Entendemos, por isso, que se deve rejeitar pretensão de tal ordem – de reparação por dano moral resultante da alegação não comprovada de justa causa – em hipótese na qual o empregador tenha postulado, em processo judicial anterior, a declaração de justa causa informada em auditoria interna. Mas a convicção, que temos, de não ser possível impedir que o empregador tenha assegurado esse direito – o de obter provimento jurisdicional sobre a configuração, como justa causa, de fato que tenha apurado com exação administrativa –, não se amolda, inteiramente, à orientação jurisprudencial que somente admite o dano moral quando o processo antecedente é manejado, pelo empregador, com desvio de finalidade, vale dizer, com o propósito de atingir a honra do empregado, a sua fama ou outros direitos da personalidade[139].

Isso porque não se está a dissentir sobre a possibilidade de a alegação de justa causa propiciar dano moral, em um processo judicial qualquer; antes, estamos a conjecturar sobre os efeitos extra-patrimoniais da imputação de um delito no recesso mais íntimo da pessoa denunciada. De ordinário, a alegação de justa causa precede a instauração do processo judicial e é em razão daquela, menos pela conduta do empregador em meio a este, que se pede reparação. A utilização inadequada do artigo 482 da CLT, quando resulta em desconforto moral para o empregado, é causa bastante do direito à reparação.

Recordemos, inclusive e por oportuno, que no processo em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para prover sobre a indenização por dano moral[140], o Ministro Sepúlveda Pertence assentou, para tal efeito, que "a imputação caluniosa – *causa petendi* de ação reparatória de danos morais –, surgiu exclusivamente em razão da relação de emprego, formulada como pretexto de justa causa para a resolução do contrato de trabalho pelo empregador".

O empregado pode pedir a indenização por danos morais sem indicar, desde logo, o valor que bastará à reparação. Ao arbitrar o valor, o juiz se valerá da eqüidade, atentando para a necessidade de compatibilizá-lo com as condições econômicas do empregador e, especialmente, com a fixação de quantia que lhe implique sacrifício, reconfortando o empregado. Não é tarefa fácil, nem está o juiz brasileiro acostumado a decidir sem um padrão legal preestabelecido, que lhe aquiete o espírito e o intelecto.

---

[139] *Vide* Revista LTr 62-09/1241.

[140] *Vide* Revista LTr 62-12/1620. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para decidir sobre indenização por dano moral ou patrimonial decorrente de acidente de trabalho: STF, CC 7204, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29/06/2005.

20

ESTABILIDADE NO EMPREGO

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 20.1 Fonte jurídica e tipologia da estabilidade. 20.2 A estabilidade definitiva. 20.3 A estabilidade provisória. 20.3.1 A estabilidade sindical. 20.3.2 A estabilidade dos membros da CIPA eleitos pelos empregados. 20.3.3 A estabilidade da gestante. 20.3.4 A estabilidade acidentária. 20.3.5 A estabilidade dos membros da Comissão de Conciliação Prévia eleitos pelos empregados. 20.3.6 A estabilidade do membro do Conselho Curador do FGTS. 20.3.7 A estabilidade do empregado eleito diretor de cooperativa. 20.3.8 A estabilidade do membro do CNPS. 20.3.9 A estabilidade dos representantes dos trabalhadores na empresa. 20.3.10 A estabilidade no período pré-eleitoral.

20.1 Fonte jurídica e tipologia da estabilidade

Após estudarmos os modos e os efeitos da cessação do contrato de emprego, impende observar que há fatos impedientes da despedida do trabalhador. Ao proteger interesses ou valores que devem prevalecer quando confrontados com o direito de o empregador dispensar, imotivadamente, o seu empregado, a norma trabalhista garante, por vezes, a manutenção, provisória ou definitiva, do vínculo empregatício.

Cuida-se, portanto, de estabilidade, que pode ser prevista em norma estatal e também em convenção coletiva de trabalho, no regulamento de empresa ou em qualquer outra fonte de direito do trabalho, inclusive no contrato individual. A sentença normativa, proferida pelos tribunais trabalhistas ao término dos dissídios coletivos de trabalho, às vezes contém cláusula assecuratória de estabilidade por algum tempo a partir do encerramento de greve, o tempo bastante para que as seqüelas do movimento grevista se diluam.

Por ora, interessam-nos as hipóteses mais comuns de estabilidade, aquelas que têm a Constituição ou alguma lei como fundamento.

20.2 A estabilidade definitiva

Houve tempo em que a legislação trabalhista se deixou influenciar pela necessidade de o Governo Federal estabilizar a receita de institutos previdenciários e, com tal objetivo, assegurou, inicialmente aos ferroviários, a estabilidade definitiva no emprego após dez anos de serviços efetivos em uma empresa. Editou-se a Lei 4682, de 1923, conhecida como Lei Eloy Chaves – em homenagem ao seu autor –, sendo a mesma uma lei nitidamente previdenciária, pois visava à criação da Caixa de Aposentadoria e Pensões junto às empresas ferroviárias.

---

[1] O autor é professor universitário e ministro do Tribunal Superior do Trabalho. É mestre em Direito Constitucional pela UFC e em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla la Mancha, onde cursa o doutorado. Endereço eletrônico: augustocesar@tst.jus.br

Com igual preocupação, a de prover os institutos de previdência social que então se constituíam, outras leis surgiram, na década seguinte, a estender o direito de estabilidade definitiva a marítimos, comerciários e bancários, sendo que estes últimos se tornavam estáveis com apenas dois anos de serviço para um só empregador.

Observa Arnaldo Süssekind[2] que somente com a Lei n. 62, de 1935, o instituto da estabilidade deixou de ser tratado em diploma de previdência social para ser regulado por norma trabalhista, sendo que a citada lei estendeu o direito à estabilidade definitiva, após dez anos de serviço efetivo, a todos os empregados que ainda não possuíam a garantia, excetuados os trabalhadores rurais e os domésticos.

A Consolidação das Leis do Trabalho uniformizou, em 1943, a legislação concernente à estabilidade no emprego, mas excetuou, uma vez mais, rurícolas, domésticos e também os servidores públicos (artigo 7º). Para os demais empregados, inclusive os bancários, a estabilidade era adquirida quando o empregado completava dez anos de trabalho em uma mesma empresa. Os períodos descontínuos de trabalho se somavam, salvo se o empregado houvesse sido dispensado por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente ao final de algum desses períodos (artigo 453 da CLT). Além disso, incluía-se no tempo de serviço o período de afastamento por acidente de trabalho ou para a prestação de serviço militar obrigatório (artigo 4º, parágrafo único, da CLT).

Ao empregado que não contasse dez anos de emprego, mas tivesse o seu contrato dissolvido, sem que fosse sua a iniciativa de o resilir, garantia-se uma indenização de valor equivalente a um mês de remuneração por ano ou período superior a seis meses de serviço para aquele empregador (artigo 478 da CLT), desde que ele houvesse superado o primeiro ano da relação laboral, então compreendido como período experimental.

O empregado que adquiria a estabilidade decenal não podia ser dispensado, mesmo que cometesse ilícito tipificável como justa causa. Se o trabalhador cometesse falta grave[3], facultava-se ao empregador instaurar inquérito judicial, com vistas à comprovação de tal falta e à dissolução do contrato pela Justiça do Trabalho, tudo com base no artigo 494 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com esteio no princípio da continuidade, a legislação trabalhista foi edificada a partir do pressuposto de que a permanência do trabalhador na empresa era um fato natural, que correspondia ao interesse patronal de exercer, também por tempo indefinido e com sucesso crescente, a mesma atividade econômica. Tanto assim que o artigo 499, §3º, da CLT, previa (como ainda prevê, mas sem a mesma eficácia): "A despedida que se verificar com o fim de obstar ao empregado a aquisição de estabilidade sujeitará o empregador a pagamento em dobro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478".

Na esteira da rica jurisprudência que se construiu a propósito do sistema de estabilidade ora destrinchado, que previa apenas indenização no primeiro decênio de emprego, a Súmula 26 do TST orientava (até ser revogada em novembro de 2003): "Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na mesma empresa". Esse modo de garantir a vigência do

---

[2] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. 1. p. 609.

[3] Artigo 493 da CLT: "Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482 (hipóteses de justa causa), quando por sua repetição ou natureza representam séria violação dos deveres e obrigações do empregado"

artigo 499, §3º, da CLT, acima transcrito, consolidava o entendimento de ser o final do decênio o termo inicial do período de estabilidade – preservava-se, de tal modo, a regra de direito civil, segundo a qual "o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito"[4].

Vivia-se, podemos notar, um período que parecia ser auspicioso para os trabalhadores, como acentua Arion Sayão Romita:

> O princípio da estabilidade no emprego chegou a converter-se, em algumas formulações doutrinárias – como expõe Durán Lopez –, em autêntico mito, em um valor intemporal, imperecível, destinado a inspirar o desenvolvimento do moderno Direito do Trabalho. A estabilidade no emprego, como conquista de um Direito do Trabalho evolvido e moderno, promoveria a obtenção de novas conquistas. A estabilidade não poderia ser questionada e sua existência deveria ser preservada a todo custo, como barreira oposta a retrocessos intoleráveis. Ignoravam-se as exigências das empresas, de fundo econômico. O progresso histórico da regulação do trabalho humano impunha o contrato de trabalho de duração indefinida, apto a ensejar uma carreira ao empregado, imune ao término derivado da iniciativa patronal. Os contratos por tempo determinado somente seriam tolerados a título de exceção, em nome de um princípio sacrossanto, o da estabilidade no emprego. [5]

Toda essa rede de proteção começou a ruir em 1966. A pretexto de atrair o capital estrangeiro, dando novo impulso à nossa economia, forjou-se, em tal ano, um novo regime, em que os empregados poderiam optar pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), não mais adquirindo estabilidade os que fizessem tal opção[6]. Ao início de cada mês, o empregador passou a recolher 8% da remuneração paga aos seus empregados, optantes pelo FGTS, no mês anterior. Esses empregados, que optavam pelo FGTS, não mais adquiriam estabilidade decenal e, por isso, disseminou-se, entre os empregadores, o estratagema de não admitir empregados que se opusessem a optar pelo novo regime. Eram raros os empregados regidos pelos artigos 478 e 492 da CLT, sendo residual o pagamento de indenização de antiguidade ou a aquisição de estabilidade.

Salvavam-se os trabalhadores rurais, pois para eles não vigia o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. A Constituição de 1988 universalizou, contudo, o regime do FGTS. Todos os empregados, urbanos e rurais, passaram a ser titulares do direito de receber, ao final de seus contratos, o valor recolhido pelos respectivos empregadores em suas contas-vinculadas, desde que não tenham motivado ou deliberado a cessação do vínculo e observadas as restrições legais relativas a esse saque.

Não há mais aquisição de estabilidade decenal e o pagamento da indenização de antiguidade somente é devido a empregados, urbanos ou rurais, que tenham prestado serviço antes de 1988 na condição de não optantes pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Nada obsta, porém, que o contrato individual, o regulamento de empresa ou mesmo a norma coletiva de trabalho assegurem estabilidade definitiva, embora não seja essa uma tendência. Há, hoje, uma clara inclinação – muito pouco absorvida pelo

---

[4] Art. 131 do novo Código Civil.

[5] ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. Revista Trabalho & Processo, junho de 1994, São Paulo, Editora Saraiva, p. 8.

[6] *Vide* Lei 5107, de 1966.

ordenamento jurídico brasileiro – de prestigiar o direito, não de estabilidade, mas sim de o empregado ser informado sobre as razões da cessação de seu contrato. Nessa medida, o contrato de trabalho pode findar até mesmo por outros motivos, que não dizem respeito ao comportamento do empregado.

O princípio emergente é o da justificação. Países como Alemanha, Canadá e Portugal coíbem a despedida arbitrária[7], que é aquela completamente desprovida de qualquer motivo, inerente à conduta do empregado, à manutenção da empresa (motivo econômico, financeiro ou mesmo técnico, como o relativo à redução de pessoal que acontece em processos de automação da empresa). Assim está assentado nos anais da 67ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, nos idos de 1982:

> A legislação em matéria de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador mudou radicalmente em muitos países. Deixou de consistir essencialmente em regras sobre períodos de pré-aviso e indenizações por despedida e sobras as condições em que se tornam indevidos, passando o requisito de justificação por parte do empregador a constituir o centro jurídico das análises e decisões dos tribunais, principalmente em virtude do freqüente apelo a sua proteção por parte de trabalhadores que entendem perdido o emprego sem motivo justificado. Assim, pois, o princípio da justificação se converteu no fundamento da legislação de muitos países sobre o término do contrato de trabalho por iniciativa do empregador [...]".

O artigo 7º, I, da Constituição protege a relação de emprego "contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". É lamentável que o projeto de lei complementar, elaborado com a firme colaboração de Arnaldo Süssekind, esteja há cerca de uma década em morosa tramitação no Congresso Nacional. Ademais, a citada lei terá que prever a indenização compensatória, por exigência do referido preceito constitucional. Não haverá a vedação absoluta da despedida arbitrária. Por ora, a indenização devida é aquela prevista no artigo 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (acréscimo de 40% sobre o saldo do FGTS), sendo insuficiente para inibir a despedida não justificada. Não custa anotar que a justificação da despedida é uma conduta conotativa de civilidade e respeito à dignidade da pessoa humana.

20.3 A estabilidade provisória

Certas circunstâncias, em meio à relação de emprego, expõem o trabalhador ao conflito aberto com o seu empregador, dada a necessidade de defender interesses titularizados pela coletividade dos empregados. Assim se dá, por exemplo, quando o empregado se candidata e eventualmente se elege dirigente sindical ou representante dos trabalhadores na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Noutras vezes, protegem-se valores de mais alta estima, como a maternidade, ou mesmo se preserva o vínculo de emprego enquanto o empregado está a exercer representação em colegiado que delibera sobre interesses coletivos, só podendo fazê-lo enquanto empregado.

Noutra passagem de nosso curso, vimos que os empregados contratados por tempo determinado não adquirem estabilidade provisória, ou melhor, adquirem-na até o termo final de seus contratos. A jurisprudência trabalhista tem-se posicionado no sentido de

---

[7] Cf. ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.* p. 11.

também não caber a aquisição de estabilidade provisória em meio ao período de aviso prévio[8], mormente quando esse período é indenizado[9].

Havendo direito a estabilidade provisória, importa saber se a lei está a vedar a dispensa, mesmo nas hipóteses de justa causa, pois a exigir que o vínculo possa se desconstituir apenas em razão de cometimento de falta grave e por sentença, exarada em inquérito judicial (artigo 494 da CLT). É o que sucede, por exemplo, com o dirigente sindical, como recomenda a orientação jurisprudencial n. 114 da SDI 1 do TST. Quando a norma, assecuratória da estabilidade, não restringe a dissolução do contrato ao cometimento de falta grave, a jurisprudência[10] tem enfatizado a desnecessidade de inquérito, vale dizer, a possibilidade de o empregador, diretamente, dispensar o empregado que incorrer em justa causa.

Outra decorrência comum das várias hipóteses de estabilidade provisória é a impossibilidade de se obter a reintegração no emprego quando o período de estabilidade já se exauriu. Tem enfatizado o TST que, nesses casos, são devidos apenas os salários desde a despedida até o final do período estabilitário, como revelam as Súmulas 244, II e 396 do TST.

Os casos de estabilidade provisória são, em princípio, os que enumeramos em seguida.

20.3.1 A estabilidade sindical

É vedada a dispensa do empregado sindicalizado que se candidatar a cargo, sujeito a eleição, de direção sindical ou de representação do sindicato perante outros órgãos ou entidades. Dura essa estabilidade, se o empregado for eleito, até o ano seguinte ao término do mandato, dada a necessidade de impedir que a maior exposição dos empregados à possível arrogância de seus patrões, na prática cotidiana de defender interesses trabalhistas que a estes onera e incomoda, resulte em atos emulatórios ou de pura perseguição, não raro na dispensa do empregado insurreto.

Com o intuito de solucionar o conflito, embora sem o eliminar, a norma jurídica sempre optou por preservar o emprego dos tais trabalhadores, desde o momento em que eles se apresentam ao confronto, predispondo-se a participar do diálogo, até quando se

---

[8] *Vide* orientação jurisprudencial n. 35 da SDI 1 do TST.

[9] TST, SBDI 1, Proc. n. ERR-388544/97, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU 6.4.2001, Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 2, abr/jun 2001, p. 288.

[10] "ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO CIPEIRO - PRÁTICA DE FALTA GRAVE - DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO JUDICIAL. O art. 494 da CLT, que prevê a necessidade de inquérito judicial para apuração de falta grave imputada a empregado estável, pertine à estabilidade decenal, que era aquela adquirida pelo empregado após mais de dez anos de serviço na mesma empresa. Em caso de estabilidade provisória do cipeiro, assegurada pelo art. 10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal, o dispositivo constitucional é de meridiana clareza ao vedar a dispensa do empregado, nessas condições, se inexistente justa causa. Na mesma linha, o art. 165 da CLT assevera que, ocorrendo a despedida do titular da representação dos empregados na CIPA, caberá ao empregador, se acionado na Justiça do Trabalho, comprovar a existência da justa causa. Não prevêem, como se infere, a necessidade de instauração de inquérito judicial para apuração da falta. Ademais, o Regional, que é soberano na apreciação do material fático-probatório dos autos, entendeu caracterizada a justa causa, por incontinência de conduta, mau procedimento e embriaguez em serviço do Reclamante. Nesse compasso, não tem aplicação ao caso o art. 494 da CLT, ante o que dispõem os arts. 165 da CLT e 10, II, "b", do ADCT da Carta Magna. Recurso de revista a que se nega provimento" (TST, 4ª Turma, Proc. n. RR 556215/99, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Decisão em 29.03.2000, DJ 12.05.2000, p. 369).

esvazia a tensão, o estado de conflito ou heterologia que é imanente à relação entre o empregador e os representantes dos que produzem a sua riqueza.

Antes mesmo de a estabilidade sindical ser contemplada no art. 543, §3º, da CLT, o art. 25 da Lei 5107, de 1966, primeiro dispositivo legal a tratar da matéria, já previa que esse *período de conflituosidade latente* se estendia do registro da candidatura até um ano após o final do mandato.

A garantia está, atualmente, assegurada pelo artigo 8º, VIII, da Constituição e, desde antes, vinha prevista, consoante sobredito, no artigo 543, §3º, da CLT, que foi, assim, recepcionado pela nova ordem constitucional, salvo quanto aos dirigentes de associações profissionais, que eram estáveis porque, até a edição do texto constitucional de 1988, a entidade associativa somente recebia a investidura sindical (a Carta de Reconhecimento do Ministério do Trabalho) se fosse, até então, uma associação profissional afinada com a política de governo[11].

Também está visto que o período de estabilidade se inicia com o registro da candidatura e, se eleito o empregado, ainda que suplente, não pode ser ele dispensado até um ano após o final de seu mandato, salvo se cometer falta grave, a ser apurada em inquérito judicial (artigos 494 e 853 da CLT). Duas questões podem ser, aqui, suscitadas: a primeira é pertinente ao início da estabilidade nos casos em que o sindicato está em formação, constituindo-se a diretoria antes de a associação obter a investidura sindical; a segunda questão é relativa ao possível limite para a composição da diretoria, pois do contrário se forjarão colegiados com número excessivo de trabalhadores, todos desejosos de estabilidade, mas de modo a desfigurar a garantia.

Sobre o início da estabilidade quando a composição da diretoria precede a constituição do sindicato, parece-nos deslindada a controvérsia, ao menos no âmbito qualificado do Supremo Tribunal Federal. É que, em julgamento paradigmático, a Excelsa Corte garantiu a efetividade do direito mesmo antes do registro da entidade, como esclarece a ementa correspondente:

> "A constituição de um sindicato – posto culmine no registro no Ministério do Trabalho (Supremo Tribunal Federal, MI 144, 3.8.92, Pertence, RTJ 147/868) – a ele não se resume: não é um ato, é um processo. Da exigência do registro para o aperfeiçoamento da constituição do sindicato, não cabe inferir que só a partir dele estejam os seus dirigentes ao abrigo da estabilidade sindical; *interpretação pedestre*, que esvazia de eficácia aquela garantia constitucional, no momento talvez em que ela se apresenta mais necessária, a da fundação da entidade de classe."[12]

A propósito da composição da diretoria sindical, vale resgatar as observações que fizemos ao tratar dos princípios regentes da organização sindical, em confronto com o da autodeterminação coletiva. Vimos que o artigo 8º, I, da Constituição consagrou o princípio da autonomia sindical (que veda a interferência do Estado na organização interna do sindicato, nada impedindo, portanto, que a direção do sindicato se constitua, por

---

[11] Neste sentido: TST, SBDI 1, Proc. ERR 164772/95, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU 30.6.2000. Rev. TST, Brasília, vol. 66, n. 3, jul/set 2000, p. 411.

[12] STF, RE 205107-1-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Ac. 6.8.98, Revista LTr 62-10/1357.

exemplo, na forma colegiada), mas o Supremo Tribunal Federal[13] e o Tribunal Superior do Trabalho[14] vêm decidindo, após intensas refregas em um número significativo de processos, que é abusiva a composição do órgão de direção do sindicato com número de dirigentes sindicais superior ao previsto no artigo 522 da CLT:

> "A administração do Sindicato será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de 7 (sete) e, no mínimo, de 3 (três) membros e de um Conselho Fiscal composto de 3 (três) membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral".

Não tem sido reconhecida a estabilidade de outros dirigentes sindicais, além daqueles quantificados no referido artigo. Mesmo quanto a estes, freqüentemente se excluem desse manto protetivo os membros do conselho fiscal, pois, com efeito, o artigo 8º, VIII, da Constituição e o artigo 543, §3º, da CLT referem-se a cargos de *direção* ou *representação* sindical. O dissenso jurisprudencial surgiu pelo fato de os membros do conselho fiscal não dirigirem nem representarem o sindicato, exercendo, em vez disso, a fiscalização da gestão financeira[15].

Ousamos entender, porém, que a estabilidade sindical não pode ser excludente, pois o raciocínio, segundo o qual somente seriam estáveis os membros da diretoria, abstrai o aspecto relevante de os diretores não agirem em conjunto, necessariamente. Importa dizer que há sempre deles que, como os membros do conselho fiscal, expõem seus nomes à sanha eventualmente persecutória do empregador, pela singela circunstância de integrarem os órgãos de administração sindical, embora não protagonizem as contendas, os conflitos abertos pela melhoria das condições de trabalho. Parte da jurisprudência comunga desse entendimento[16]. Também é defendida a estabilidade dos membros do conselho fiscal por autores de indiscutível autoridade acadêmica e judiciária, a exemplo de Arnaldo Süssekind[17] e Alice Monteiro de Barros[18].

Desse modo, há uma referência constante da doutrina e de segmento expressivo da jurisprudência aos órgãos da *administração* do sindicato (inclusive os membros do conselho fiscal), referidos no artigo 522 da CLT, como aqueles que estariam sob a proteção do artigo 543, §3º, da CLT. Todavia, a jurisprudência do TST se consolida em sentido inverso, ao negar a estabilidade ao membro de conselho fiscal de sindicato "porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato". Assim se inscreve na orientação jurisprudencial n. 365 da SDI 1 do TST.

---

[13] "O art. 522 da CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF/88, art. 8º, I" (STF, RE 193345-3-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Ac. 2ª Turma, 13.4.99, *apud* Valentin Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 2001, p. 423).

[14] TST, SBDI I, AGERR 603647/99, Min. Milton de Moura França, DJU 27.4.2001, Rev. TST vol. 67, n. 2, abr/jun 2001, p. 290. Nesse sentido, a Súmula 369, II, do TST.

[15] TST, SBDI 2, Proc. n. TST-ROAR 718676/00, Rel. Juiz Convocado Horácio R. de Senna Pires, DJU 1.6.2001. Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 3, jul/set 2001, p. 318.

[16] Como se pode extrair de ementas oriundas do TRT da 4ª Região (Revista LTr 64-05/646) e do TRT da 20ª Região (Revista LTr 61-09/1271), esta última a referir os membros da diretoria e do conselho fiscal, nos limites do artigo 522 da CLT, como os membros da administração sindical que detêm a estabilidade.

[17] SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* Atualização de Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo : LTr, 1992. p. 634.

[18] BARROS, Alice Monteiro de. Noções de direito sindical. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo : LTr, 1993. p. 648.

Ademais, é indispensável a comunicação, pela entidade sindical, ao empregador, do registro da candidatura e, sendo o caso, da eleição e posse do empregado (Súmula 369, I do TST). O art. 543, §5º da CLT prevê o prazo de vinte e quatro horas para ambas as notificações, mas o TST tem entendido que esse prazo pode ser relevado quando a dispensa do empregado ocorreu seguramente depois de o empregador ter ciência de que ele se candidatou ou elegeu-se dirigente sindical, ainda que essa ciência tenha ocorrido após o prazo legal[19].

Por vezes, acontece de ser extinto o estabelecimento em que trabalha o dirigente sindical, inviabilizando-se, aparentemente, a manutenção do emprego. Por muito tempo se questionou a responsabilidade de o empregador pagar, nesse caso, indenização de valor equivalente aos salários do período restante de estabilidade, a pretexto de o risco da atividade econômica recair exclusivamente sobre o empregador. A orientação jurisprudencial que se consolidou na Súmula 369, IV representou uma solução moderada para essa situação, ao preconizar que a estabilidade não subsiste se há a extinção da *atividade empresarial* no âmbito da base territorial do sindicato. Extinguindo-se apenas o estabelecimento, mas havendo outro na base territorial do sindicato, obriga-se o empregador a manter o empregado investido de estabilidade sindical.

Enfim, o empregado de categoria profissional diferenciada[20] que se elege para a direção de sindicato só goza de estabilidade se exercer, na empresa, atividade pertinente a essa categoria, conforme orientação contida na Súmula 369, III do Tribunal Superior do Trabalho.

20.3.2 A estabilidade dos membros da CIPA eleitos pelos empregados

O artigo 10, II, a, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. É importante ressaltar que somente são estáveis os membros eleitos da CIPA, ou seja, os representantes dos empregados. Os representantes do empregador, inclusive o presidente da CIPA, são nomeados pelo próprio empregador, não sendo eleitos pelos empregados e, por isso, não adquirem estabilidade.

A princípio, questionou-se a extensão dessa estabilidade aos empregados eleitos para a suplência dos membros titulares da CIPA. Tentando pôr cobro a essa dúvida, o TST editou o item I da Súmula 339 de sua jurisprudência, a dar limites definitivos à matéria. Está dito no verbete que "o suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, *a*, do ADCT a partir da promulgação da Constituição de 1988".

O citado preceito constitucional insinua uma absoluta sinonímia entre *dispensa arbitrária* e *dispensa sem justa causa*, mas o artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho define despedida arbitrária como aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Vale dizer, o empregado *cipeiro* pode ser dispensado por causa inerente à empresa, não necessariamente por ter praticado ato que se configure justa causa.

---

[19] TST, SBDI 1, E-RR - 218600-56.2003.5.02.0016, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 03/12/2009, DEJT 11/12/2009.

[20] *Vide*, sobre a caracterização da categoria profissional diferenciada, o artigo 511, §3º, da CLT.

O artigo 163 da CLT impõe a constituição de uma comissão interna de prevenção de acidentes em cada estabelecimento ou local de trabalho, delegando ao Ministério do Trabalho, em seu parágrafo único, o poder de regulamentar as atribuições, a composição e o funcionamento das CIPA. Essa delegação foi levada a efeito através da Norma Regulamentadora n. 5 do Ministério do Trabalho.

A correlação entre CIPA e estabelecimentos, correspondendo uma comissão daquelas para cada um destes, tem-se revelado importante na solução do conflito que nasce quando é fechado o estabelecimento onde trabalhava o empregado *cipeiro*. Definiu, sobre o assunto, o item II da Súmula 339 do Tribunal Superior do Trabalho:

> "A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário"

Por derradeiro, cabe frisar que é desnecessário o inquérito judicial para a dissolução do contrato do empregado eleito membro da CIPA. O artigo 165, parágrafo único, da CLT, prescreve: "Ocorrendo a *despedida*, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado". Logo, o ajuizamento de inquérito pelo empregador não deve ser tolerado, pois a sua desnecessidade importa a ausência de interesse processual, que é condição da ação trabalhista. Não é pacífica, contudo, a jurisprudência a respeito.

20.3.3 A estabilidade da gestante

O artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Houve tempo em que se compreendeu a *confirmação* da gravidez como a convicção da empregada sobre o seu estado, obtida por meio idôneo, normalmente através de exame laboratorial.

De toda sorte, não há exigência de que se confirme junto ao empregador, pois o verbo *confirmar* tem aqui o sentido de "receber confirmação", não significando "comprovar"[21]. Isso se dá porque, não bastasse ser dificultosa a prova de que a gravidez teria sido informada ao empregador (na ordem dos fatos, são muitos os empregadores insensíveis que despedem a empregada quando desconfiam de seu estado gravídico), o bem jurídico maior, protegido pela estabilidade da gestante, é a maternidade. A empregada adquire o direito à estabilidade mesmo quando o empregador desconhece a sua gravidez, sendo elucidativa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido[22].

---

[21] Embora pudesse também significar "comprovar" em outro contexto, consoante Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa.

[22] "Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. 1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse. 2. Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite" (STF, 1ª Turma, RE 234186/SP, Rel. Min.

Em verdade, a jurisprudência sequer tem dado ao vocábulo *confirmação* (referimo-nos à *confirmação da gravidez*, exigida pelo artigo 10, II, *b*, do ADCT) a importância que lhe dedicamos, pois não raro a Justiça do Trabalho defere a reintegração da empregada gestante mesmo quando nem mesmo ela tinha ciência, ao ser dispensada, da gravidez que se iniciara durante o vínculo de emprego. As decisões do STF e mesmo a recomendação contida na Súmula 244, I, do TST são, por exemplo, um claro sinal de que as instâncias especial e extraordinária não consideram a *confirmação* para a empregada – de que ela própria está grávida – um fato relevante na obtenção da sua estabilidade, pois sobre esse fato silenciam os referidos tribunais, talvez porque só e excessivamente provocados sobre a importância de o empregador ter ciência da gravidez . Veja-se, por exemplo, o que enuncia a Súmula 244, I, do TST:

> "O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, do ADCT)"

Como o preceito normativo não contém palavras vazias de algum significado, sempre preferimos entender que a aquisição de estabilidade se dava a partir de quando a empregada obtinha, por meio idôneo, a *confirmação* de sua gravidez, ainda que dela não tivesse conhecimento o empregador. Mas a já referida posição do STF, que detém qualificadamente a guarda do texto constitucional, no sentido de condicionar a estabilidade apenas ao fato objetivo da gravidez, prevalecer atualmente.

Em contrapartida, devemos reparar que o período de estabilidade se encerra, normalmente, antes de fluir a prescrição bienal, que corre a partir da cessação do vínculo. Pareceria razoável, por isso, exigir da empregada a diligência de ajuizar ação trabalhista, visando à sua reintegração no emprego, em meio ao período de estabilidade, pois o objetivo da gestante não pode ser, exclusivamente, onerar o empregador – eventualmente sem ciência da gravidez – com a indenização de valor equivalente aos salários do período de estabilidade. Seria necessário que se desse ao empregador a oportunidade de ser informado da gravidez e, cumprindo o mandamento consitucional, restabelecesse o emprego – assim decidiu, em alguns momentos, o Tribunal Superior do Trabalho[23], antes de assumir, com firmeza, a posição diametralmente oposta[24]: assegura-se a indenização de valor

---

Sepúlveda Pertence, DJ 31/08/2001, p. 65). Também do STF, no mesmo sentido: RE 339.713 AgR/SP e RE 259.318/RS.

[23] "ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. Ajuizamento da ação no termo final da estabilidade. Frustrada a possibilidade de trabalho pela inércia injustificada da empregada em buscar a sua reintegração (verdadeiro direito assegurado pela estabilidade), não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes à totalidade do período estabilitário, do contrário resultaria consagrado o enriquecimento sem causa da postulante. Devidos os salários decorrentes da estabilidade, todavia, apenas a partir do momento em que a empregada manifestou seu interesse em reassumir suas funções, qual seja, a data em que ajuizou reclamatória trabalhista. Embargos conhecidos e providos para condenar a Reclamada a pagar à Reclamante os salários do período da estabilidade provisória, desde a data do ajuizamento da ação até 5 (cinco) meses após o parto, com o pagamento das férias, 13º salário e FGTS do período" (TST, SBDI 1, Proc. EEDRR 347.831/97, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJU 11.02.00. Rev. TST, Brasilia, vol. 66, n. 1, jan/mar 2000, p. 348).

[24] TST, 3ª. Turma, RR - 409/2007-129-15-00.9, Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, j. 22/04/2009, DEJT 15/05/2009; TST, 3ª. Turma, RR - 421/2007-023-04-00.7, Min. Rosa Maria Weber, j. 20/05/2009, DEJT 12/06/2009; TST, 4ª. Turma, RR - 1030/2003-064-15-00.1, Min Maria de Assis Calsing, j. 18/02/2009, DEJT 06/03/2009; TST, 4ª. Turma, RR - 5943/2006-892-09-00.7, Min. Antônio José de Barros Levenhagen, j. 17/12/2008, DEJT 06/02/2009; TST, 5ª Turma, RR - 571/2007-003-20-00.9, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, j. 19/11/2008, DEJT 28/11/2008.

correspondente aos salários do período de estabilidade mesmo quando a empregada propõe a ação judicial após encerrar-se o prazo de estabilidade no emprego.

Não mais sendo possível, ainda assim, a reintegração, por razões justas e inerentes à empresa (extinção do estabelecimento, do cargo etc.) ou pelo encerramento do período de estabilidade, devida é a indenização de importe correspondente às parcelas salariais ou indenizatórias relativas ao período de estabilidade. Uma importante ressalva: a indenização se refere a período que compreende a licença-maternidade, por isso não se podendo cumular as indenizações referentes àquela e a esta, no rol de postulações dirigidas ao juiz.

Impende frisar que a norma protetiva da maternidade não faz menção à necessidade de falta grave para que o contrato seja dissolvido e, por isso, desnecessário e mesmo impertinente é o inquérito judicial. Se a empregada pratica justa causa, o empregador a pode dispensar, não tendo que aguardar decisão desconstitutiva da Justiça do Trabalho. De outro lado, vê-se que a empregada gestante que for despedida sem justa causa poderá obter, no processo em que pedir a sua reintegração, seja esta ordenada liminarmente.

Por fim, devemos assentar que a estabilidade sob exame foi estendida à empregada doméstica por meio da Lei 11.324/2006. Antes disso, a ela se garantia, apenas e no tocante à gravidez, somente o direito à licença-gestante (artigo 7º, XVIII, da Constituição). É que, diversamente do que ocorre às outras empregadas, a doméstica não tem a estabilidade assegurada no texto da Constituição[25].

20.3.4 A estabilidade acidentária

O artigo 118 da Lei 8213, de 1991, preceitua: "O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente".

Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a constitucionalidade dessa proteção ao trabalhador acidentado, incumbe-nos solucionar duas vezeiras questões: Se o trabalhador não recebeu o auxílio-doença, porque o seu afastamento se deu por menos de quinze dias ou em razão de o empregador não comunicar o acidente ao INSS, terá ele direito à estabilidade, que se inicia, segundo a lei, a partir da cessação do auxílio-doença? Em sendo afirmativa a primeira resposta, o empregado pode exigir do empregador, na Justiça do Trabalho, a sua reintegração, ou, ao revés, toda matéria sobre infortunística deve ser dirimida pela Justiça Comum?

Sobre ser devida a estabilidade acidentária ao empregado que não recebeu o auxílio-doença, entendemos que duas situações se distinguem, merecendo tratamento diferenciado. Se o empregado não se afasta, em razão do infortúnio, por mais de quinze dias, a responsabilidade pelo pagamento do salário, nesse breve período de afastamento, é do empregador, cuidando-se, como já vimos, de mera interrupção contratual. Para esse caso, consagrou a Súmula 378, II, do TST: "São pressupostos para a concessão da

[25] O artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias regulamenta, provisoriamente, o artigo 7º, I, da Carta Magna, que não protege o trabalhador doméstico, como se extrai do parágrafo único desse mesmo artigo 7º da Constituição.

estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego".

Pode acontecer, entretanto, de o empregado permanecer por mais de quinze dias sem poder trabalhar, com seqüelas do acidente, não sendo expedida a *Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT)* pelo empregador. É certo que o artigo 134, §3º, do Decreto 2.172, de 1997, autoriza o próprio empregado, o sindicato ou seu médico, a informarem a ocorrência do acidente, caso não o faça o empregador. Mas não se há negar que o trabalhador, intimidado pela possibilidade de ser vítima de retaliação patronal ou insciente desse seu direito de requerer o auxílio-doença, por vezes aceita trabalhar sem as condições físicas adequadas, não podendo ser punido.

Nesse caso, parece-nos claro que o empregado despedido mais de uma quinzena depois de sofrer o acidente de trabalho, mas menos de um ano após o seu restabelecimento, pode pedir a sua reintegração, cabendo à perícia médica, designada pelo juiz, verificar se o mal se configura um acidente de trabalho ou doença profissional e, em caso afirmativo, se era necessário o afastamento por mais de quinze dias. Se a resposta for positiva, devida será a reintegração, pois não se afigura lícito imunizar o empregador omisso, que causa prejuízo ao empregado que sofre porque, ao lhe servir, acidenta-se[26].

Em se entendendo, como nos parece adequado, que o empregador é obrigado a reintegrar o empregado que não recebeu auxílio-doença acidentário em razão de ele, o empregador, não ter comunicado o infortúnio ao INSS, nada obsta que a declaração *incidenter tantum* da ocorrência de acidente de trabalho se dê em processo trabalhista.

Enfim, o artigo 118 da Lei 8213, de 1991, não exige o cometimento de falta grave para a dissolução do contrato do acidentado. E como apenas a falta grave deve ser apreciada mediante inquérito (artigo 494 da CLT), o empregador poderá dispensar o empregado que praticar justa causa.

20.3.5 A estabilidade dos membros da Comissão de Conciliação Prévia eleitos pelos empregados

O artigo 625-A da CLT permite que empresas e sindicatos instituam Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, visando à conciliação de conflitos individuais. Se a comissão é instituída no âmbito do sindicato, a sua constituição deve ser regulada pela norma coletiva que a institui. Se a comissão é instituída no âmbito da empresa, metade de seus membros é eleita pelos empregados e, em favor destes, prescreve o parágrafo único do artigo 625-B, §1º, da CLT:

> "É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até 1 (um) ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei".

Note-se que, num aparente descuido, o legislador faz referência a *falta grave* e, ao mesmo tempo, autoriza a dispensa se o empregado a comete. É sabido que a falta grave somente pode ensejar a dissolução do contrato quando apurada em inquérito judicial, que

---

[26] Embora o tema seja controvertido, o TST já teve oportunidade de decider em sentido inverso, não assegurando a estabilidade: TST-ERR 346139/97, SBDI 1, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJU 1.12.2000. Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 1, jan/mar 2000, p. 350.

resulte em sentença desconstitutiva. Na estabilidade decenal e na estabilidade sindical, já estudadas, vimos que o empregador não pode dispensar o empregado, pois somente a Justiça do Trabalho pode dissolver o vínculo, ao reconhecer a falta grave. Logo, o dispositivo acima transcrito (artigo 625-B, §1º, da CLT) encerra uma exceção à regra, ao consentir que o próprio empregador dispense o empregado faltoso. Mas é possível que a jurisprudência caminhe em sentido oposto, entendendo que haveria uma imprecisão terminológica, querendo o legislador se referir a *justa causa* (artigo 482 da CLT) ao fazer alusão a *falta grave* (artigo 493 da CLT).

Há dúvida, também, quanto ao início do período de estabilidade, porquanto a norma trabalhista, fugindo à tradição, refere-se somente ao termo final da garantia de emprego, não retroagindo o seu início ao registro da candidatura. Dada a recentidade da matéria, é incipiente a jurisprudência quanto a se iniciar a estabilidade no momento em que o empregado registra a candidatura à representação de seus pares. Na doutrina, Sergio Pinto Martins[27] defende que "a garantia de emprego não se inicia com a candidatura, mas desde a eleição, pois a lei nada menciona nesse sentido".

Em sentido contrário, verberamos nós, em tese[28] apresentada no 8º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, assim se manifestando outros autores de teses sustentadas nesse mesmo simpósio, a exemplo de Carlos Henrique Bezerra Leite[29], que defende:

> Observa-se que a lei não faz menção ao marco inicial da garantia estabilitária. Dado que a situação *sub examine* assemelha-se, em função da *representatividade por eleição*, à do dirigente sindical e à do cipeiro, parece-nos juridicamente adequada a aplicação analógica dos arts. 8º, VIII, da Constituição e do art. 10, II, a, do ADCT. É dizer, o *dies a quo* da garantia no emprego do membro eleito da Comissão de Conciliação Prévia empresarial deve coincidir com o registro de sua candidatura. Mesmo porque entendimento outro poderia desaguar em incentivo à odiosa figura da despedida obstativa, em prejuízo dos fins institucionais do instituto ora criado.

Surgem, nos dias que correm, denúncias graves contra representantes de empregados em Comissões de Conciliação Prévia, que estariam promovendo conciliações prejudiciais aos empregados, em detrimento até mesmo das garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. É evidente que se a comissão é formada por empregados que não temem a represália patronal – os que a temem não se candidatam, pois se acautelam ante a dissensão doutrinária sobre o início da estabilidade –, é maior a probabilidade de a comissão ser um apêndice do departamento de pessoal do empregador, fugindo, assim, aos fins do instituto.

20.3.6 A estabilidade do membro do Conselho Curador do FGTS

O artigo 3º da Lei 8036, de 1990, prevê que o FGTS é regido através de normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, composto por representação de

---

[27] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho.* p. 379.

[28] CARVALHO, Augusto César Leite de. Período de estabilidade do representante dos trabalhadores na comissão de conciliação prévia. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 80-82.

[29] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Garantia no emprego dos representantes dos trabalhadores nas comissões de conciliação prévia. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 83-85.

trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo. De sua vez, o §9º do mencionado artigo 3º prescreve:

> "Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até 1 (um) ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical".

Esses representantes dos trabalhadores são indicados pelas centrais sindicais e nomeados pelo Ministro do Trabalho, tendo mandato de dois anos[30]. O período de estabilidade está perfeitamente divisado no dispositivo acima reproduzido: inicia-se com a nomeação pelo Ministro do Trabalho e termina um ano após se encerrar o mandato.

O empregado pode ser *despedido*, mas apenas quando praticar *falta grave*, apurada em *processo sindical*. Como a falta grave referida no artigo 494 da CLT não comporta despedida (mas sim a resolução pelo juiz) e essa falta tem que ser comprovada através de inquérito judicial (não por processo sindical), conclui-se que a falta grave referida no artigo 3º, §9º, da Lei 8036, de 1990, não é aquela que se caracteriza como uma justa causa mais grave e repetida (artigo 492 da CLT). Certamente, o legislador quis se referir à *justa causa*, tanto que autorizou a dispensa na hipótese de ela ser cometida e exigiu, em vez de inquérito judicial, um processo sindical.

Quanto à apuração prévia em *processo sindical*, há aí uma expressão enigmática. Somente o surgimento do conflito e a experiência jurídica, daí conseqüente, poderão dar à tal expressão um sentido prático. A princípio, teria o empregador de aguardar a apuração do fato, em inquérito extrajudicial, instaurado pelo sindicato que recomendou à central sindical o nome do empregado supostamente infrator. Se era essa a intenção, parece-nos que se verifica, na exigência, uma clara violação do direito subjetivo de ação, com sede constitucional.

20.3.7 A estabilidade do empregado eleito diretor de cooperativa

A Lei 5764, de 1971, regula as cooperativas de produção, de consumo ou de crédito. O seu artigo 55 preceitua que "os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da CLT".

Vimos a estabilidade assegurada aos dirigentes sindicais, também aqui ela se iniciando com o registro da candidatura e se encerrando um ano após o término do mandato. O contrato de emprego não pode ser resilido pelo empregador, como também analisado. Na hipótese de o empregado – eleito diretor de cooperativa – cometer falta grave, cabe ao empregador suspendê-lo e, no prazo decadencial de trinta dias, ajuizar inquérito judicial, ou seja, uma ação (des)constitutiva que visa à resolução do pacto pelo juiz do trabalho.

É bom notar, ademais, que se cuida, aqui, de cooperativa instituída pelos empregados, protegendo-se, dentre estes, aquele que se eleger diretor da cooperativa. A

[30] Conforme artigo 3º, §3º, da Lei 8036/90.

jurisprudência[31], em dado momento, não estendeu o direito de estabilidade aos diretores de cooperativas se nesta ingressassem, como associados, outras pessoas, além de empregados da empresa contra a qual se dirigisse a exigência de respeito à estabilidade. Mas, após alguma cizânia jurisprudencial, a SDI 1 do TST se posicionou em sentido contrário, como se percebe na ementa seguinte:

> EMBARGOS - COOPERATIVA - LEI Nº 5.764/71 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - ADMISSÃO DE TERCEIROS COMO ASSOCIADOS DA COOPERATIVA O art. 55 da Lei nº 5.764/71 não estabelece qualquer vedação ou restrição no sentido de limitar a estabilidade apenas àquelas cooperativas formadas exclusivamente por empregados de uma determinada empresa, sem a participação de terceiros. Embargos conhecidos e desprovidos.[32]

A garantia de emprego é assegurada aos *diretores* de cooperativas criadas por empregados, sem estendê-la expressamente aos seus suplentes. Em verdade, o mesmo sucederia aos suplentes dos representantes dos trabalhadores na CIPA, uma vez que a CLT não lhes assegurava estabilidade e o art. 10, II, *a*, do ADCT veda, em sua literalidade, a dispensa somente dos membros titulares. Contudo, a jurisprudência se consolidou de modo diferente ao tratar dos suplentes da CIPA e das cooperativas, pois afirmou caber estabilidade aos suplentes dos membros diretores da CIPA (Súmula 339 do TST) e negou igual garantia aos suplentes dos diretores de cooperativas (OJ 253 da SDI 1 do TST).

Quanto a se estender o direito de estabilidade aos membros do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal, acentua-se o dissenso jurisprudencial e doutrinário. Sobre alcançar os membros do Conselho Fiscal, decerto que a discussão tem aspectos diferentes daquela que foi travada a propósito dos membros do Conselho Fiscal dos sindicatos. É que, diversamente do sucedido com o artigo 522 da CLT, que dimensiona a administração das entidades sindicais, o artigo 47 da Lei 5764, de 1971, não inclui o Conselho Fiscal como órgão de administração da cooperativa. Nele não há diretores, mas agentes de fiscalização. Portanto, não se estende a estabilidade, ao que pensamos, aos que integram os conselhos fiscais das cooperativas.

No tocante ao Conselho de Administração, não custa recordar, com Sergio Pinto Martins[33], que "da forma como está escrito no art. 47 da Lei 5764/71, a cooperativa pode também ser dirigida pelo Conselho de Administração, pois é empregada a conjunção alternativa ´ou´. Tanto pode ser dirigida pela Diretoria como pelo Conselho de Administração". Isso não obstante, o autor afirma, com respaldo em ilação com regras atinentes às sociedades anônimas e em decisão[34] genérica da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, que a estabilidade não é extensiva aos que formam o Conselho de Administração.

Pensamos, porém, que se o fim social da norma é a proteção dos que dirigem a cooperativa, não vemos como excluir os membros do Conselho de Administração. Há,

---

[31] TST, SBDI 1, Proc. N. RR 260.651/96, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJU 09.06.2000. Rev. TST, Brasilia, vol. 66, n. 3, jul/set 2000, p. 412.
[32] TST, SBDI I, E-RR - 1239/2002-002-03-00.3, Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 04/06/2009, DEJT 12/06/2009.
[33] Cf. Sergio Pinto Martins, *Op. cit.*, p. 376.
[34] Revista LTr 56-07/870. Há decisão específica da SBDI 1, transcrita na Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 2, abr/jun 2001, p. 290.

inclusive, decisão turmária do Tribunal Superior do Trabalho a que se ajusta o nosso entendimento:

> O art. 55, da Lei 5764, de 16-12-71, estendeu aos empregados eleitos diretores de sociedade cooperativa as garantias asseguradas aos dirigentes sindicais no artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho, que, em seu parágrafo 3º, dispõe sobre a denominada ´estabilidade provisória´. A administração do sindicato, segundo expressado no artigo 522, da CLT, é exercida por uma diretoria e membros do conselho fiscal. A sociedade cooperativa é administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração (artigo 47), sendo ela fiscalizada pelo Conselho Fiscal (artigo 56), ao qual não pode pertencer associado que participa do órgão da administração (parágrafo 2º). A estabilidade provisória, portanto, aludida no artigo 55, com remissão ao artigo 543 da CLT, é restrita aos associados que foram eleitos para compor sua Diretoria ou Conselho de Administração da sociedade cooperativa. A estabilidade provisória configura uma excepcionalidade no Direito do Trabalho, construída para proteger o obreiro que, no exercício de suas funções, pode entrar em atrito com o empregador. Como tal, há de submeter-se ao princípio da hermenêutica de que ´o direito excepcional só pode comportar interpretação estrita´. Recurso de revista conhecido e desprovido.[35]

Todavia, o debate parece seguir outra orientação no âmbito da SDI 1 do TST, que tende a consolidar a jurisprudência trabalhista no sentido de a estabilidade não estender-se a todos os membros do conselho de administração, ao menos nos casos em que existe, além de citado órgão deliberativo, uma diretoria eleita. É o que se extrai da ementa seguinte:

> [...] ESTABILIDADE PROVISÓRIA - MEMBRO DE CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DE COOPERATIVA - ARTIGOS 47 E 55 DA LEI Nº 5.764/71 Nos termos do artigo 47 da Lei nº 5.764/71 as sociedades cooperativas são administradas por uma Diretoria ou por um Conselho de Administração. A estabilidade provisória, prevista no art. 55, restringe-se aos empregados que sejam eleitos para exercer cargos diretivos. Assim, se a cooperativa optar pela constituição de apenas um dos órgãos (Diretoria ou Conselho) os seus membros serão detentores de estabilidade provisória. Se houver coexistência de ambos na gestão dos negócios da cooperativa, somente os membros da diretoria gozarão da garantia. Na hipótese dos autos, restou comprovado que houve eleição tanto para a Diretoria como para o Conselho de Administração, motivo pelo qual o Autor, eleito membro do Conselho de Administração, não tem direito à estabilidade provisória. Embargos conhecidos e desprovidos.[36]

20.3.8 A estabilidade do membro do CNPS

A Lei 8213, de 1991, regula o Plano de Benefícios da Previdência Social e instituiu, por isso, o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, formado por representantes do Governo Federal, dos aposentados e pensionistas, dos empregados e dos empregadores. Os representantes dos empregados são indicados pelas centrais sindicais e confederações. Em seu art. 3º, §7º, Lei 8213/91, vê-se estatuído:

> "Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividades, titulares e suplentes, é assegurada a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente

[35] TST, 1ª Turma, Proc. RR-583458/99, Rel. Juiz Convocado Vieira de Mello Filho, DJU 2.3.2001. Rev. TST, Brasília, vol. 67, n. 2, abr/jun 2001, p. 332.
[36] TST, SBDI 1, E-RR - 483274/1998.9, Min. Lelio Bentes Corrêa, j.12/11/2007, DJ 08/08/2008.

> podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial".

A não ser quanto ao início do período de estabilidade, percebe-se a semelhança entre essa garantia e aquela assegurada aos dirigentes e representantes dos sindicatos, inclusive no que tange à necessidade de inquérito judicial para apuração da falta grave (artigos 494 e 853 da CLT).

20.3.9 A estabilidade dos representantes dos trabalhadores na empresa

O artigo 11 da Constituição reza que "nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores". Por seu turno, o art. 1º da Convenção n. 135 da OIT, ratificada pelo Brasil, prescreve:

> "Os representantes dos trabalhadores na empresa deverão gozar de proteção eficaz contra todo ato que possa prejudicá-los, inclusive a despedida, em razão de sua condição de representantes dos trabalhadores, de suas atividades como tais, de sua filiação ao sindicato ou de sua participação na atividade sindical, sempre que esses representantes atuem conforme as leis, contratos coletivos ou outros acordos comuns em vigor".

Como não se fiscaliza o cumprimento do artigo 11 da Constituição, que é regra desprovida de sanção, ainda é pálida a experiência, no mundo real, que faria possível dizer qual proteção estaria assegurada aos representantes de trabalhadores.

Entendemos, todavia, que um conflito dessa natureza – relativo à dimensão das garantias que devem ser dadas aos representantes de trabalhadores – já fora solucionado ao menos em dois momentos, pelo legislador estatal. Tanto quando regrou a estabilidade sindical, como quando o fez sobre a estabilidade do cipeiro, o Estado brasileiro previu que a garantia de emprego deveria estender-se do registro da candidatura até o ano seguinte ao término do mandato. Logo, o que falta são os mecanismos que assegurem *efetividade* à garantia constitucional. Em se tratando de norma auto-aplicável, conviria uma regulamentação pelo Ministério do Trabalho, seguida de efetiva fiscalização.

Não custa recordar que a representação obreira, no ambiente empresarial, mesmo à margem do movimento sindical ou até com a sua colaboração, previne conflitos individuais e coletivos, tornando mais civilizada a relação entre os agentes do capital e os trabalhadores.

20.3.10 A estabilidade no período pré-eleitoral

Em períodos próximos às eleições, são usualmente editadas leis que, ao regularem o processo eleitoral, costumam vedar e considerar nulos, por alguns meses antes das eleições e até o dia de realização destas, a concessão de reajustes que excedam o índice correspondente ao da inflação, ou ainda a nomeação, admissão, contratação ou exoneração de servidor público, sua transferência, dispensa ou readaptação. Uma após a outra, a Lei 7.773, de 1989, a Lei 8.214, de 1991, e, mais recentemente, a Lei 9.504, de 1997, essas leis eleitorais vêm proibindo a exoneração ou dispensa de servidores integrantes da administração pública centralizada ou descentralizada[37].

---

[37] Excerto da Lei 9504/97: "Art. 73 - São proibidas aos agentes público, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: (...) V -

Enquanto não se valer a Administração Pública direta da autorização para contratar *empregados* públicos, já concedida pela atual redação do artigo 39 da Constituição e imposta, para os novos postos de trabalho da Administração federal, pela Lei 9.962, de 2000, é certo que essa vedação de dispensa nos períodos pré-eleitorais vincula as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que são entes paraestatais regidos, no tocante às relações de trabalho que constituem, pela legislação trabalhista. É o que está consagrado na orientação jurisprudencial n. 51 da SDI 1 do TST.

---

nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários"

21

Direito Fundamental de Greve

Augusto César Leite de Carvalho[1]

SUMÁRIO: 1 Conceito. 2 A greve e o meio ambiente de trabalho. 3 A interação com os sistemas político e econômico por ocasião da greve. 4 A decomposição do conceito de greve. 4.1 A greve como direito fundamental – direito coletivo fundamental. 4.1.1 As dimensões individual e coletiva do direito fundamental à greve. 4.1.2 A greve como direito fundamental – a opção pela via pacífica e a ausência de métodos alternativos de solução dos conflitos coletivos. 4.1.3 O interesse coletivo e as greves geral, política e de solidariedade. 4.1.4 A greve como direito fundamental – o *lock-in* e o *lock-out.* 4.2 A greve e o princípio da boa-fé objetiva. 4.2.1 Imunização da greve contra a perturbação patronal. 4.2.2 Imunização da greve contra a perturbação obreira. 4.3 A suspensão do contrato durante a greve. 5 A greve sob intervenção judicial. 6 A greve e o interdito proibitório. 6.1 A ameaça à posse como pressuposto do interdito possessório. 6.2 A necessidade de audiência de justificação para a concessão do mandado proibitório.

21.1 Conceito

A greve, que nasceu como um fato social, interessa agora como um conceito jurídico, pois do contrário não se a compreenderá como um direito. E se é certo que todo conceito remete a um significado, há conceitos cujos significados transbordam a mera ontologia dos fatos ou fenômenos a que se referem para revelar, além do que vemos no mundo sensível, a causa ou o fim que a conduta humana assim retratada pretende alcançar. Quando o legislador definiu a greve como a "suspensão coletiva, temporária ou pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador"[2], não a autorizou por qualquer motivo nem a permitiu com vistas à cessação definitiva da atividade empresarial.

A greve é um conceito que remete a um fato (a paralisação da atividade), a uma causa (a defesa de um interesse coletivo) e a um fim (o retorno à normalidade com condições mais justas de trabalho). Trata-se, portanto, de conceito que tem conteúdo ontológico e teleológico.

Logo, a alusão, no conceito legal, à temporariedade da suspensão do trabalho deve ser associada à expectativa de que a atividade empresarial seja restabelecida, pois não há greve se os trabalhadores desejam eliminar, de uma vez para sempre, os seus postos de trabalho, a empresa enfim. Nessa digressão se aloja também o

[1] O autor é professor universitário e ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. *Master* e doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha. Endereço eletrônico: augustocesar@tst.jus.br

[2] Art. 2º da Lei 7783/89.

componente finalístico do conceito de greve, pois a greve (típica) deve visar à recomposição das condições de trabalho em um padrão mais justo ou equânime, impedindo assim a degeneração do ambiente laboral.

21.2 A greve e o meio ambiente de trabalho

A identificação da greve com a *causa ambiental* se revela mais nitidamente quando não se a contempla para atender a um motivo idiossincrático de determinado trabalhador, a um anseio pessoal ou egoístico. Nada a estranhar quando se tem em mente que, regra geral, as necessidades do empregado não o incomodam isoladamente, mas a todos que compartilham a mesma experiência, no ambiente da empresa. Não obstante a Constituição[3] e a lei[4] predigam que compete aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercerem o direito de greve e igualmente "sobre os interesses que devam por meio dele defender", a proposta de ruptura da rotina laboral atende, na ordem dos fatos, ao interesse coletivo, ou ao interesse do trabalhador que empolga ou contagia a coletividade dos trabalhadores. Por justa que parecesse ser, a interrupção do trabalho por um empregado específico, para reverter uma situação adversa que isoladamente o inquietasse, não se configuraria greve.

Estamos a cuidar, portanto, de um meio de resistência coletiva que visa à pacificação do ambiente de trabalho, proporcionando-lhe condições que não seriam espontaneamente oferecidas pelo empresário.

21.3 A interação com os sistemas político e econômico por ocasião da greve

Sob a perspectiva da teoria política, a greve faz emergir a importância do princípio democrático. Assim como se dá em outros setores da sociedade civil politicamente organizada, entrega-se a resolução do conflito coletivo à própria coletividade, pondo-se freio ao poder social que se estaria exercendo em rota de colisão com o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária. A ruptura da normalidade, no ambiente de empresa, serve para que ele se deixe contaminar pelo princípio maior da democracia, conjugando afinal *liberdade* e *participação*.

Sob o prisma puramente econômico, tem-se afirmado que os provedores de todos os outros fatores de produção (insumos ou matéria-prima, capital e tecnologia) barganham o preço do que fornecem para a constituição e desenvolvimento da empresa, revelando-se a greve como o momento único no qual a oferta de trabalho é represada para que seu custo seja também renegociado. O provedor de trabalho humano decide não mais se resignar ante a dominação do capital, expondo-se também aos riscos da negociação. Rompe-se com a lei da oferta e da procura com vistas ao reequilíbrio dos negócios jurídicos, ao menos daqueles que envolvem o trabalho humano.

21.4 A decomposição do conceito de greve

Da greve se diz, portanto, que é ela um direito fundamental cujo exercício pressupõe a defesa de um interesse coletivo e a proposta de restabelecimento da

---

[3] Art. 9º da Constituição.
[4] Art. 1º da Lei 7783/89.

normalidade com condições de trabalho mais justas, importando a suspensão temporária e pacífica do trabalho. Quando se submete esse conceito a decomposição ou análise, descerra-se a verdadeira face da greve, o seu instigante conteúdo jurídico. Tentemos desvendá-lo a partir de duas premissas: a de a greve ser direito fundamental e a de estar balizada, para cumprir o seu fim social, pelo princípio da boa-fé objetiva.

Na sequência, será interessante analisar, à luz da fundamentalidade do direito de greve e de sua regência pelo princípio da boa-fé, o aspecto de a greve suspender o contrato de trabalho, especialmente no que tange ao pagamento dos salários.

21.4.1 A greve como direito fundamental – direito coletivo fundamental

Os direitos fundamentais se apresentam na forma mais evoluída do Estado de Direito, quando aqueles mesmos *direitos naturais* que mais adiante compuseram as pautas e declarações universais de *direitos humanos* se acomodam finalmente nas cartas constitucionais do século XX, exigindo dos estados nacionais o dever, mais que o compromisso, de atender a expectativas de abstenção ou de prestação indispensáveis à consecução dos valores e princípios mais caros da humanidade.

Os direitos humanos estão vocacionados ao desafio de serem universais em meio à diversidade cultural da era pós-moderna. Aparelham-se dos atributos da irrenunciabilidade, da incessibilidade e da imprescritibilidade pela singela mas sublime razão de serem positivados com a marca indelével da fundamentalidade. Em certa medida, os catálogos de direitos fundamentais seriam a contribuição mais valiosa da concepção positivista do direito – para ilustrar essa ideia, basta citar os arautos do garantismo jurídico e a preocupação de negarem o caráter meramente programático das constituições para nelas contemplarem princípios e regras aptos não apenas a emprestar validade ou invalidade ao regramento infraconstitucional, mas inclusive a suprir eventuais omissões normativas.

Há um ganho qualitativo inquestionável na caracterização da greve como direito fundamental, parecendo significativo dessa mudança de paradigma o aspecto de ela ter ocorrido por obra das constituições sociais que a partir da segunda década do século XX adicionaram aos direitos de liberdade civil e política os direitos sociais, nos catálogos de direitos fundamentais. O direito à greve, a exemplo dos direitos sociais à saúde, educação e moradia, são daqueles que podem ser percebidos em sua dimensão individual no que toca ao seu exercício, mas a sua titularidade remete normalmente a necessidades coletivas, que não se acomodam na latitude individual ou isolada de cada interessado.

É firme a convicção de que o empregado não pode, solitariamente, deflagrar uma greve. A convocação dos trabalhadores para esse fim, a deliberação sobre o início da greve e acerca dos meios a serem utilizados, bem assim sobre a terminação da parede, estão indiscutivelmente associados à dimensão coletiva do direito de greve. Não há controvérsia séria, na doutrina ou na jurisprudência, sobre caber ao sindicato, na forma de seu estatuto, “convocar [...] assembleia geral que definirá as reivindicações da

categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços". Assim o diz o art. 4º da Lei 7.783/89, rematando o seu §2º que, na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará acerca da convocação e da cessação da greve, constituindo comissão de negociação para esse fim.

21.4.1.1 As dimensões individual e coletiva do direito fundamental à greve[5]

Contudo, é comum dizer-se, não somente no Brasil[6], que o direito de greve é "direito individual de exercício coletivo". A dimensão individual se revelaria na adesão à greve, na participação no movimento paredista e na hora em que o trabalhador delibera dele afastar-se, voltando ao trabalho. Em verdade, a lei respalda a conduta individual que destoa da vontade coletiva e o faz quando o legislador opta por não exigir que se interrompa inteiramente a atividade empresarial durante a greve – a exemplo do que prescrevem outras ordens jurídicas[7] – e também quando preceitua: "as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho [...]"[8].

Não parece condizente com o ordenamento jurídico esse desdém à vontade da maioria. Em outros recantos do direito privado, o interesse coletivo pode até operar-se mediante a ação individual, mas assim se dá para proteger-se o interesse do indivíduo ou do grupo, sem que se estimule o atrito ou conflito entre um e outro, entre o todo e a parte. Ao reger os direitos e deveres dos condôminos, o art. 1314 do Código Civil estatui, por exemplo, que "cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la". Contudo, o parágrafo único protege o interesse coletivo ou condominial dos arroubos da vontade individual quando prescreve que "nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros".

Assim sucede igualmente entre co-herdeiros (art. 1791 CC[9]), porque mesmo entre pessoas que compartilham sentimento fraterno não se tolera a exacerbação da conduta individual em direção contrária ao interesse do grupo. Na greve, dá-se curiosamente o inverso: a possibilidade de dissidência individual em detrimento da proteção ao interesse coletivo. É o que ocorre sempre que o empregado resolve desertar do movimento grevista, abandonando a causa do grupo de trabalhadores a que pertence.

---

[5] Sobre as dimensões individual e coletiva do direito de greve, ver PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Âmbito Subjetivo y Titularidad del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 15.

[6] O Tribunal Constitucional da Espanha decidiu, sobre o direito de greve: "el ser um derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos" (STC 11/1981). Cf. Palomeque, *op. cit.*, p. 15.

[7] Márcio Túlio Viana (VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência.* São Paulo: LTr, 1996, p. 307) refere-se ao modelo mexicano, no qual haveria a interrupção não apenas da prestação individual de serviço, mas igualmente da atividade econômica, impedindo-se que o trabalhador comporte-se de modo a frustrar a defesa do interesse coletivo.

[8] Art. 6º, §3º da Lei 7783/89.

[9] Art. 1791, parágrafo único, do Código Civil: "Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e a posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio".

Em rigor, e a despeito de a greve ser um direito fundamental, abandona-se a orientação prevalente em outras searas do direito – a salvaguarda do interesse coletivo – com a finalidade pouco auspiciosa de se atribuir ao trabalhador uma responsabilidade pessoal que ele de outro modo não teria.

Paradoxalmente, a conversão da greve em um direito trouxe um evidente embaraço para os que a exercem. A vontade do indivíduo (desertor) é protegida para que os órgãos jurisdicionais possam julgá-lo desprotegido na hipótese de restar viciada, por qualquer razão, a deliberação coletiva de usar a greve como meio de resistência e pressão. Aderir ou não à parede é um gesto de coragem e desassombro, um ato de enfrentamento pessoal, em vez de revelar-se o respeito à vontade da maioria e à causa comum. Nota-se que a compreensão da greve como um direito está atrelada, portanto e desafortunadamente, a um viés individualista que contaminou a sua força persuasiva, comprometendo a sua finalidade de pacificar o ambiente empresarial.

A jurisprudência trabalhista não tem razões, porém, para atiçar essa tendência, aguçando o descompasso entre a titularidade coletiva do interesse tutelado e a responsabilidade pessoal pelos efeitos da ação paredista. Por isso, não se pode consentir, em princípio, que o empregado seja punido quando o for pela participação em greve declarada abusiva em razão de vícios para os quais ele não concorreu, a exemplo de vícios formais – como a ausência de quórum estatutário na assembleia de convocação ou de ausência de aviso prévio.

21.4.1.2 A greve como direito fundamental – a opção pela via pacífica e a ausência de métodos alternativos de solução dos conflitos coletivos

A origem do direito do trabalho se associa à indignação e ao comportamento reativo dos operários que resolveram, em dado momento histórico, desafiar o poder do capital. Antes em estado de absoluta letargia no âmbito da empresa que se disseminava como nova forma de organização, a revolta ante a injustiça e indignidade das primeiras condições de trabalho arrebatou esses homens para lançá-los contra a opressão que inevitavelmente viria, porque a liberdade de expropriar a energia de trabalho se inseria no amplo espectro de liberdade que a classe burguesa havia conquistado.

Serve à antologia da reação obreira o *luddismo*, movimento de trabalhadores que quebravam máquinas ao início do século XIX como modo de se insurgirem contra a mecanização advinda com a revolução industrial. Mas o movimento obreiro era sempre reprimido, inclusive quando consistia na paralisação do trabalho. Anota Márcio Túlio Viana que “um dos exemplos mais duros de repressão se deu na Alemanha de 1371, quando 32 trabalhadores foram enforcados; mas a Inglaterra de 1500 cortava orelhas dos grevistas e, na França de 1791, a Lei Chapelier punia até os patrões que os contratavam”[10].

Nos dias que correm, o Código Penal brasileiro pune com detenção de seis meses a dois anos e multa aquele que “participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo”. A

[10] Viana, *op. cit.*, p. 295.

eficácia do dispositivo é duvidosa, pois o Ministério Público forjado no regime democrático não o invoca, normalmente e ao que se sabe. Mas, embora seja igualmente rara a notícia de empresário punido porque tenha subsumido sua conduta na prescrição do art. 203 do mesmo Código Penal, ao "frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho", é certo que as greves de 1980 motivaram condenações criminais no Brasil, nos estertores do regime autoritário[11].

A greve, tal como se a idealiza nos dias de hoje, não comporta atos de violência contra o empregador, nem atos dissimulados de lesão aos bens que integram o elemento material da empresa. É um mecanismo de autotutela, ainda assim, pois subverte a lógica econômica da empresa capitalista ao permitir que, por algum tempo, a coletividade de trabalhadores tome a mando a gestão do seu próprio trabalho (ainda que seja para interrompê-lo) e assim permaneça até que se alcancem as condições laborais mais justas ou dignas, que por essa via se reivindicam. Seguindo a contribuição doutrinária de Roberto Santos, explica Márcio Túlio Viana:

> [...] ao contrário do que acontece com as outras mercadorias, que podem ser manobradas estrategicamente, o trabalho depende de variáveis *incontroladas* – inclusive a taxa demográfica. Não pode controlar sua quantidade de forma estratégica. Nem pode ficar à espera de oportunidade melhor para ser *vendido*. Daí a necessidade de greve: seu objetivo é afirmar que os *vendedores* da *mercadoria* estão dispostos a armazená-la temporariamente.[12]

A greve se justifica também pela falta de alternativas, porventura forjadas pelo engenho humano, para fazer frente à injustiça das condições de trabalho quando a premência de equidade precisa ser combinada com a mantença da prestação alimentar, ainda que a fonte provedora dos alimentos esteja a explorar abusivamente a força de trabalho.

As fórmulas alternativas já foram tentadas, reportando-se Marilena Chauí aos trabalhadores da COSIPA que, nos anos 70, aproveitando-se do fato de a unidade de trabalho ser considerado local de segurança nacional, insusceptível a greves, combinaram chegar ao trabalho sem os seus respectivos crachás, o que teria ocasionado a formação de filas imensas, identificação demorada, altos-fornos apagando-se e, por fim, a predisposição da empresa para negociar[13].

Em setembro de 2007, a imprensa noticiou a greve na *second life* deflagrada pelos empregados da IBM na Itália, aproveitando-se da circunstância de a empresa haver criado um ambiente virtual na página da internet que serve à interação de avatares que simulam a vida real. Com algum sucesso, inclusive midiático, os trabalhadores pressionaram por melhores condições salariais.

---

[11] Raimundo Simão de Melo (MELO, Raimundo Simão de. *A Greve no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTr, 2006, p. 37) relata: "Poucos dias depois do retorno ao trabalho, com o fim da greve, os dirigentes sindicais e ativistas presos foram soltos. Entre eles estava o líder máximo do movimento, Luiz Inácio da Silva, o Lula, que, juntamente com outros dirigentes e ativistas, foi processado e condenado pela Justiça Militar Federal (2ª. Auditoria Militar, Processo 9/80), com base na Lei de Segurança Nacional (Lei 6.620/78, art. 36, inciso II)".

[12] Viana, *op. cit.*, p. 292.

[13] *Apud* Viana, *op. cit.*, p. 317.

Não é fácil, porém, imaginar um meio de pressão mais eficiente que a greve para a reversão de uma realidade conjunturalmente adversa, sobrevinda nos limites de uma relação coletiva de trabalho. A realização dessa ideia, a greve, prescinde da imagem de violência que historicamente a contaminou, pois se concretiza, em sua forma atual e civilizada, como um meio pacífico de solucionar conflitos transindividuais, como são os conflitos que normalmente se ambientam na topografia dos estabelecimentos empresariais.

21.4.1.3 O interesse coletivo e as greves geral, política e de solidariedade

Sendo a greve, desde a sua origem, um meio de persuadir o empresário a atender às reivindicações de seus empregados, por vezes se dissente acerca da possibilidade de ser ela utilizada para veicular interesses que não podem ser satisfeitos pelo empregador. É que a eficácia da greve se expande na mesma proporção em que a empresa interfere na realidade social, não raro se a usando para atender a fins que transcendem o ambiente empresarial.

Pode-se conjecturar que a greve nunca pediu licença à ciência jurídica, sendo alçada à categoria de direito a reboque dos fenômenos que já se disseminavam, no mundo do trabalho, como um fato social aparentemente irrefreável. Por outro ângulo, também se poderia lembrar que a empresa é um microcosmo da sociedade capitalista, sendo igualmente seus os interesses do capital empolgados pelas políticas públicas que dão sustentação ao atual sistema econômico.

No plano essencialmente jurídico, seria de lembrar o aspecto significativo de o art. 9º da Constituição assentar, a propósito do direito de greve, que cabe exclusivamente aos trabalhadores decidir sobre os interesses que devam por meio dele defender, não devendo a norma infraconstitucional restringir o que o constituinte claramente quis ampliar[14]. A greve geral (como a que se desenvolveu na França, em setembro de 2010, contra a elevação da idade mínima de aposentadoria), a greve política (*v.g.* pela implementação de um direito trabalhista a cuja regulamentação o Estado resiste) e a greve de solidariedade (*v.g.* apoio a outra greve ou a um dirigente sindical injustamente punido) podem sufragar interesses coletivos que animam categorias inteiras de trabalhadores.

O tema, porém, não é pacífico, havendo autores de nomeada que sustentam o não cabimento da greve para a defesa de interesses não trabalhistas, ou que transcendam a esfera de deveres que possam ser atribuídos ao empregador[15]. O argumento se contrapõe à máxima de Fábio Konder Comparato: "a única restrição admissível de uma liberdade constitucional só pode advir da própria Constituição"[16].

Em verdade, a matéria está bem equacionada pelos órgãos da Organização Internacional do Trabalho que fiscalizam o cumprimento dos princípios e normas assecuratórias da liberdade sindical, conforme sintetiza Raimundo Simão de Melo:

---

[14] Nesse sentido: DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2010, p. 1321.
[15] Nesse sentido: MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 850.
[16] *Apud* Melo, *op. cit.*, p. 42.

> "Quanto à greve puramente política, a OIT entende que esta não está abrangida pelos princípios de liberdade sindical (Convenção n. 87, art. 10). Todavia, 'o Comitê concluiu que os interesses profissionais e econômicos que os trabalhadores defendem com o direito de greve abrangem não só a conquista de melhores condições de trabalho ou as reivindicações coletivas de ordem profissional, mas englobam também a busca de soluções para as questões de política econômica e social [...]. Na mesma ordem de idéias, o Comitê tem observado que os trabalhadores e suas organizações deveriam poder manifestar seu descontentamento com questões econômicas e sociais que guardem relação com os interesses dos trabalhadores, num âmbito mais amplo que os dos conflitos de trabalho susceptíveis de resultar numa determinada convenção coletiva [...]. A ação dos trabalhadores deve, portanto, limitar-se a expressar um protesto e não ter por objetivo perturbar a tranqüilidade pública (OIT, 1999, § 450). Nesse sentido, o Comitê de Liberdade Sindical tem considerado que a declaração de ilegalidade de uma greve nacional de protesto contra as conseqüências sociais e trabalhistas da política econômica do governo e sua proibição constituem grave violação da liberdade sindical' (OIT, 1996, § 493). No tocante à greve de solidariedade, em estudo geral de 1983, a Comissão de Peritos da OIT a definiu ('a greve que se insere em outra empreendida por outros trabalhadores') e estimou que uma proibição pode ser abusiva, razão pela qual os trabalhadores devem poder recorrer a tais ações, desde que legal a greve inicial que apóiam (OIT, 1983, b, § 217), posição essa assumida também pelo Comitê de Liberdade Sindical (OIT, 1927, §§ 417 e 418)"[17].

É relevante, a esse propósito, dosar a responsabilidade do empregador na mesma medida em que ele tem reais condições de ser dócil ou resistente às reivindicações do movimento grevista. O empregador não pode, muita vez, satisfazer as pretensões que se apresentam em greves políticas ou greves gerais. A justiça do trabalho pode proceder a essa dosagem sempre que instada, nos moldes do art. 7º da Lei 7.783/89, a prover sobre os salários intercorrentes à greve ou, genericamente, acerca das relações obrigacionais que em meio à greve se estabelecem.

21.4.1.4 A greve como direito fundamental – o *lock-in* e o *lock-out*

Embora os direitos fundamentais se tenham gestado como uma constitucionalização dos direitos humanos, há alguma controvérsia sobre a sua titularidade poder recair, extraordinariamente, também sobre pessoas jurídicas[18]. Ainda assim, apenas aos trabalhadores, quando considerados coletivamente, pode ser atribuída a titularidade do direito fundamental de greve.

A propósito, a lei proíbe o empregador de promover o *lock-out*[19], assim compreendida a "paralisação provisória das atividades da empresa, estabelecimento ou seu setor, realizada por determinação empresarial, com o objetivo de exercer pressões sobre os trabalhadores, frustrando negociação coletiva ou dificultando o atendimento a reivindicações coletivas obreiras"[20]. O empresário não tem, como se fosse um direito,

---

[17] Melo, *op. cit.*, p. 41.

[18] Sobre as pessoas jurídicas poderem ser titulares de direitos fundamentais, ver orientação prevalecente na Alemanha em http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2241/10.pdf

[19] Art. 17 da Lei 7783/89 – Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (lockout). Parágrafo único. A prática referida no caput assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

[20] Cf. Delgado, *op. cit.*, p. 1308.

menos ainda um direito fundamental, a liberdade de interromper a atividade econômica como maneira de exercer pressão sobre os empregados.

Outra questão, vista sob enfoque diverso, é o direito de os trabalhadores provocarem, por via pacífica ou ordeira, a paralisação de toda a atividade econômica, usando meios de persuasão que envolvam os trabalhadores, sem exceção, na defesa da causa que lhes é própria. Pára-se não somente a prestação pessoal de trabalho, mas a atividade produtiva. Um modo de avançar nesse sentido, evitando que prevaleça o receio de enfrentar o poder social em que está investido o empregador, é a greve de ocupação (*lock-in*) ou greve de braços caídos.

Influenciada, talvez, pela jurisprudência gerada sob a influência da antiga lei de greve (a Lei 4.330/64), que preconizava o uso da força pública para liberar o acesso ao local de trabalho[21], subsiste alguma hesitação acerca da licitude da greve que se desenvolve sem que os trabalhadores se afastem, propriamente, do lugar em que normalmente trabalham. Esse estado de perplexidade deriva, certamente, de dois fatores: a timidez com que a lei confere legitimidade à paralisação de toda a atividade econômica (não apenas da prestação individual de trabalho) como uma finalidade legítima da greve (a) e a dificuldade, de índole psicológica, de diferenciar a conduta dos trabalhadores que se declaram em greve mas permanecem dentro do estabelecimento empresarial daquele que se declara ou parece ser *fura-greve* apenas para disfarçar a sua participação em greve de ocupação (b).

A greve de ocupação ou *lock-in*, a exemplo da operação tartaruga e outros modos disfarçados de enfrentar o poder patronal, legitima-se porque se amolda ao conceito de greve como ruptura da atividade produtiva e da relação coletiva de trabalho, visando ao seu restabelecimento em condições mais justas. Não fere, ademais, o princípio da boa-fé, pois a conduta obreira, assim retratada, não denota deslealdade, antes se inserindo no contexto de uma ordenada reação dos trabalhadores à maneira recalcitrante com que o empresário investe contra o exercício do direito de greve. O trabalhador que age assim não é desleal, posto seja apenas destemido.

Sobre o tema, observa Maurício Godinho Delgado[22] que "a *ocupação do estabelecimento (lock-in)* é, essencialmente, um método de realização do movimento paredista. Por isso, enquadra-se no conceito legal dessa figura do Direito Coletivo". No mesmo sentido, Pinho Pedreira[23] adverte que as greves de ocupação não são ontologicamente diversas das outras, pois o que há é mera diferença de grau. Trata-se, segundo o professor baiano, de uma *qualificação* de greve: sendo esta lícita, nem por isso se torna ilícita com a ocupação.

21.4.2 A greve e o princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva diferencia-se da boa-fé mencionada nos dispositivos legais que, referindo-se à boa-fé subjetiva, invocam a ingenuidade, a possível inocência

[21] Art. 17, parágrafo único, da Lei 4.330/64: "As autoridades garantirão livre acesso ao local de trabalho aos que queiram prosseguir na prestação de serviço".
[22] *Op. cit.*, p. 1319.
[23] *Apud* Viana, *op. cit.*, p. 309.

na realização de negócios jurídicos inválidos. Enquanto a boa-fé subjetiva remete ao consentimento, a boa-fé objetiva traduz-se em lealdade, na honestidade de propósitos que deve nortear as relações jurídicas. Nessa direção, o atual Código Civil contém preceito no sentido de que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"[24].

A assimetria ou desigualdade presente na relação de emprego não autoriza a deslealdade de qualquer dos seus sujeitos individuais ou coletivos, revelando-se a conduta leal na interação com o outro pólo da relação intersubjetiva (a) e com o próprio instituto jurídico de que se servem os atores sociais (b), pois as entidades do direito não se prestam a outros escopos senão aos fins sociais para os quais foram concebidos. Se há greve, devem comportar-se os agentes e os destinatários da parede em coerência com os aspectos objetivos e finalísticos do instituto – em princípio, deveriam sempre interromper a atividade laboral e econômica com vistas a solucionar o conflito de interesses que motivou a ruptura no processo produtivo.

A greve traduz-se em um episódio traumático, mas um trauma que exige tempo e reflexão. A lei, por isso, estabelece alguns mecanismos de imunização da greve, que impedem seja ela perturbada por ações patronais dirigidas à frustração de seu intento (a) ou por condutas obreiras que a desvirtuem como um meio pacífico de alcançar a paz e a equidade no ambiente de trabalho (b).

21.4.2.1 Imunização da greve contra a perturbação patronal

Antes mesmo de a greve iniciar, aos representantes dos trabalhadores, que dela cogitam, assegura-se a proteção do emprego e do exercício de seus respectivos mandatos. O direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro são intransigentes quando divisam a necessidade de os representantes dos trabalhadores poderem atuar sem o receio de alguma represália patronal.

No plano do direito internacional, e inobstante sejam omissas as convenções da OIT sobre o direito de greve, a Convenção 98 da OIT protege a sindicalização do trabalhador contra a discriminação do empresário, salvaguardando a liberdade sindical que a Convenção 87 garante em todas as suas dimensões[25]. Por sua vez, o art. 1º da Convenção 135 renova que "os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento, e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais em vigor". As Convenções 98 e 135 foram ratificadas pelo Brasil.

Internamente, o art. 8º, VIII e o art. 543 da CLT imunizam o dirigente sindical e o exercício de seu mandato, sendo de relevo observar que o art. 11 da

[24] Art. 422 do Código Civil.
[25] Dimensão individual (o direito de filiar-se e o de eleger o sindicato ao qual se filiar), a dimensão coletiva (o direito de grupos formarem sindicatos) e a autonomia sindical (o direito de o sindicato estruturar-se internamente).

Constituição preconiza a eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados. A ele se garantiria, supostamente, a proteção da Convenção 135 da OIT, não fosse a circunstância de essa incerteza quanto ao nível de proteção que lhe seria assegurada estar desestimulando a eleição de tais representantes de empregados – o que compromete, em última análise, a eficácia do mencionado dispositivo constitucional.

A partir da deflagração da greve, a imunização contra a conduta patronal que tentasse inibi-la é mais visível, pois a lei estabelece que os contratos se suspendem e "é vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos", exceto para a manutenção de máquinas e equipamentos – a ser ajustada com o comando da greve – ou quando a greve é exercida de modo abusivo[26]. É evidente que o movimento grevista, para alcançar o seu objetivo, precisa estar blindado contra a tentativa de retaliação, por parte do titular da empresa.

Em certa medida, a conduta patronal deve denotar resignação e respeito ao exercício de direito coletivo, que visa à pacificação do ambiente de trabalho. A diluição do poder diretivo se pode sentir quando a lei diz ser "vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento"[27]. A intenção do legislador é a de entregar à coletividade dos trabalhadores as ferramentas indispensáveis à incorporação de todos ao movimento reivindicatório, valorizando a greve como instrumento de concretização do princípio da democracia.

Por iguais razões, a impossibilidade de contratar trabalhadores substitutos não pode, evidentemente, ser objeto de dissimulação ou fraude. O empregador não está autorizado, por exemplo, a promover a mobilidade de seus empregados ou a remoção de seus trabalhadores terceirizados com o objetivo de liberar-se dos efeitos da greve. Os setores da empresa cujos empregados aderirem à greve não podem ser supridos por outros quaisquer trabalhadores, sob pena de se fazer letra morta do dispositivo legal que protege a parede da resistência abusiva do empregador.

Por vezes, surgem leis que anistiam os trabalhadores que lideraram greves ou delas participaram, impedindo assim a consumação da represália patronal. Em rigor, as leis de anistia seriam absolutamente desnecessárias se internalizássemos a *garantía de indemnidad*, ou seja, a garantia – cunhada pela jurisprudência espanhola e mais adiante difundida por toda a União Europeia – de que não pode sofrer retaliação a pessoa, inclusive o trabalhador, que exerce direito fundamental. Gil Albuquerque esclarece:

> "Definitivamente, a despedida ou qualquer outra sanção imposta pelo empresário ao trabalhador como conseqüência de ele exercer seu direito de participar em uma greve legal é nulo por vulnerar o direito fundamental que consiste em tal exercício (art. 55.5 ET e 108.2 LPL, SSTS 2-6-1986, A. 3434, 12-7-1986, A. 4032 ou 2-2-1987, A. 744), tudo isso em virtude do princípio de *garantía de indemnidad*. No âmbito das relações laborais, a *garantia de*

[26] Art. 7º da Lei 7783/89.
[27] Art. 6º, §2º da Lei 7783/89.

> *indemnidad* se traduz na impossibilidade de adotar medidas de represália derivadas das atuações do trabalhador encetadas para a obtenção da tutela de seus direitos (SSTC 7/1993, 14/1993 e 54/1995) ou por ter ele exercido as atividades próprias da representação legal dos trabalhadores, por isso se extraindo a proibição de dispensa também do art. 5.*e)* da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pela Espanha"[28].

Interessante notar que também no Brasil a greve é igualmente um direito fundamental e, apesar de a eficácia da Convenção 158 da OIT ainda estar em debate no STF, a mesma construção jurisprudencial seria possível pelo singelo fundamento de que não se reveste de validade o ato patronal, inclusive a dispensa, que se destina a retaliar o exercício de qualquer direito cuja fundamentalidade esteja consagrada no texto constitucional. Logo, a ordem jurídica brasileira oferece a mesma base jurídica que serviu aos europeus na construção da jurisprudência sob exame, faltando ao poder judiciário ponderar sobre a aparente relevância de trilhar a mesma senda, em proveito da máxima efetividade dos direitos fundamentais. E do direito fundamental à greve em especial.

Sem embargo da evolução doutrinária acerca dos mecanismos de imunização da greve contra a conduta patronal que tenta inviabilizá-la, há um claro déficit de proteção quando se toleram as ações patronais dissuasórias, ou seja, afeta-se o princípio da boa-fé objetiva quando se consente que o empresário possa manter a atividade econômica utilizando-se de meios tecnológicos que supririam a ausência dos trabalhadores.

Há notícia de decisões do Tribunal Supremo da Espanha que são emblemáticas dessa postura jurisprudencial. No mais interessante desses processos julgados pela corte espanhola, ocorreu de uma rede de televisão, ao perceber que uma greve de seus empregados impediria a transmissão de um jogo de futebol que lhe daria grande audiência porque era ansiosamente aguardado em todo o país ibérico, reagiu por meio da aquisição do sinal televisivo oferecido por empresas regionais, atendendo assim aos seus espectadores. O Tribunal Supremo entendeu que, a propósito da greve, não se imporia ao empresário "o dever ou a obrigação de colaborar com os grevistas quanto ao sucesso de seus propósitos"[29]. Perdeu-se a oportunidade de afirmar que o empresário deve comportar-se resignadamente, porque um modo sério de enfrentar o conflito é reconhecer a eficácia da greve como um modo de interromper, mais que a prestação laboral, a própria atividade produtiva, sempre com vistas à solução do conflito que inquieta a coletividade de trabalhadores.

21.4.2.2 Imunização da greve contra a perturbação obreira

A greve, como se há dito tantas vezes, é um meio pacífico de restabelecer a paz no ambiente da empresa. Para que os interlocutores se comportem de modo a que o

---

[28] GIL ALBUQUERQUE, Román. *Efectos de la Huelga sobre la Relación Individual de Trabajo y la Relación de Seguridad Social. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 132.

[29] STS (4ª) de 27-9-1999. Citação em BAYLOS GRAU, Antonio. *Continuidad de la Producción o del Servicio y Facultades Empresariales em Casos de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 102.

movimento grevista atenda a esse seu desígnio, exige-se que o empresário preserve os postos de trabalho sem a substituição dos grevistas e que os trabalhadores auxiliem na manutenção de bens, máquinas e equipamentos a fim de se restabelecer, ao fim da parede, a atividade produtiva[30].

Quando os trabalhadores negligenciam a obrigação de auxiliar na manutenção de bens, máquinas e equipamentos, dá-se ao empresário o direito de contratar trabalhadores substitutos. O empregador não o fará por espírito vingativo, mas para atender à expectativa de que se mantenham os meios de produção. A lei não diz qual a sanção cabível na hipótese de o empregador faltar a esse dever de manter o seu maquinário, pois se parte do pressuposto de que ele não teria interesse em sua deterioração. Mas, por coerência, e sob a influência do princípio da boa-fé, dir-se-ia que aos trabalhadores caberia envidar meios de preservar bens, máquinas e equipamentos se ao empresário, por vingança ou desatino, ocorresse a desafortunada ideia de os deixar perecer.

Os trabalhadores podem realizar piquetes de persuasão, vale dizer, é-lhes facultado "o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve"[31], mas "não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa"[32]. Se por um lado se inibe o boicote ou a sabotagem com vistas a causar dano patrimonial, que implicariam a inobservância pelos trabalhadores do dever de preservar o ambiente empresarial, conotando deslealdade, por outro lado se percebe a preocupação, que inspira insistentemente o legislador, de respaldar a defecção individual, a atitude do *fura-greve* que abandona, por razão ou convicção individual, a defesa da causa coletiva.

Porque a empresa tem função social, gerando emprego e renda, produzindo bens ou serviços, a relação entre ela e a sociedade também é preservada. Assim, a lei enfatiza, prescritivamente, que, "em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem"[33]. Ademais, a lei enumera serviços ou atividades essenciais[34] e quanto a eles, num texto aparentemente contraditório, reza que "os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam *obrigados* de *comum acordo*, a garantir, durante

---

[30] Art. 9º da Lei 7783/89: "Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo".

[31] Art. 6º, I da Lei 7783/89.

[32] Art. 6º, §3º da Lei 7783/89.

[33] Art. 6º, §1º da Lei 7783/89.

[34] Art. 10 da Lei 7783/89 – São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária.

a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade"[35].

Os atores sociais estão *obrigados* a *ajustar* um meio de atender às necessidades inadiáveis da comunidade, assim compreendidas as que "coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população"[36]. Empregador e trabalhadores não podem recusar-se à negociação a propósito das necessidades inadiáveis da comunidade. Normalmente os empresários não faltam a essa obrigação, pois litigam para manter o maior efetivo possível de empregados nas tarefas que, sendo supostamente essenciais, viabilizam, no máximo que lhes seja permitido, o prosseguimento da atividade lucrativa, sem embargo da greve. O descumprimento desse dever por parte dos trabalhadores permite ao empresário a contratação de trabalhadores substitutos que possam atender a essa finalidade[37].

Também porque os trabalhadores não estão movidos por espírito de desforra, mas pretendem romper a continuidade da produção econômica somente para que desse modo possam pacificar as suas áreas de tensão, a lei lhes impõe que avisem à entidade patronal ou ao empregador com antecedência mínima de quarenta e oito horas sobre a deflagração da greve. É o tempo necessário, na perspectiva do legislador pátrio[38], para que o empregador, já sob a pressão da parede iminente, tente dirimir o conflito antes de solucionar-se a sua atividade produtiva, ou possa preparar-se e aos seus clientes e fornecedores para o tempo de greve.

Sendo essa a finalidade do aviso prévio[39], o seu prazo é elastecido para setenta e duas horas nos casos em que a greve ocorre em serviços ou atividades essenciais, devendo a representação dos trabalhadores cuidar para que, nesse prazo, os usuários de tais serviços ou atividades sejam igualmente notificados da greve que se aproxima[40]. Ajustando-se, assim e portanto, ao princípio da boa-fé, a exigência de prévio aviso não parece destoar do art. 9º da Constituição que assegura aos trabalhadores o direito de decidir sobre a *oportunidade* de exercerem o direito de greve. Alguma ponderação de valores é, aqui, suficiente para se compreender que esse direito de decidir a hora da greve não pode resultar, como por vezes se defende, na decisão de deflagrar a greve *imediatamente*.

21.4.3 A suspensão do contrato durante a greve

Em alguns países, a exemplo da Espanha[41], a lei que disciplina a greve estatui que o trabalhador, no tempo por que ela se estender, não tem direito ao salário.

---

[35] Art. 11 da Lei 7783/89.
[36] Art. 11, parágrafo único, da Lei 7783/89.
[37] Arts. 7º, parágrafo único, 11 e 14 da Lei 7783/89.
[38] Na Espanha, esse prazo é de cinco dias, elevando-se para dez dias nas atividades essenciais, conforme BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *El Procedimiento de Ejercicio del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005, p. 29.
[39] Sobre o tema, ver Bengoetxea Alkorta, *op. cit.*, p. 29.
[40] Art. 13 da Lei 7783/89.
[41] Art. 6.2 do RDL de 4 de março de 1977 e art. 45.1. *l* e 45.2 do Estatuto dos Trabalhadores. Sobre o tema: Gil Albuquerque, *op. cit.*, p. 114.

No Brasil, o art. 7º da Lei 7.783/89 diz, sucintamente, que "a participação em greve suspende o contrato de trabalho". O termo "suspensão" traz à lembrança a dicotomia que a CLT estabeleceu entre a suspensão e a interrupção do contrato, havendo a interrupção na hipótese em que o trabalhador não presta trabalho mas recebe o salário. Em rigor, a interrupção corresponderia à suspensão parcial ou relativa, no direito comparado[42].

Autores há que sustentam a inviabilidade de se conceber a greve como uma hipótese de suspensão total, pois não faria sentido que o trabalhador, ao exercer um direito fundamental, fosse tolhido pela retenção de seu salário. O argumento, judicioso embora, não parece exaurir o tema, dado que seria da própria logística da greve a assunção do prejuízo pelo prejuízo que se causa. A coletividade de trabalhadores promove a interrupção da atividade econômica mediante a contenção do trabalho humano, ao custo de não obter a remuneração do trabalho que, para dar azo a essa estratégia, não prestou. É como se a lógica da coação econômica se invertesse num espasmo: o empresário precisa negociar para voltar a produzir e auferir lucro.

Em rigor, os institutos jurídicos não se transmudam, antes se potencializam, quando conquistam o selo da fundamentalidade. Se a greve pressupõe a indisponibilidade da força de trabalho, implicaria *ipso facto* a inexistência de trabalho a ser remunerado. Mas Souto Maior[43] adverte, na defesa persuasiva do direito aos salários durante a greve, que o trabalho prestado durante a parede seria, em princípio, uma contingência resultante da negociação que visara à manutenção de bens, máquinas e equipamentos ou, sendo a hipótese de serviços ou atividades essenciais, do ajuste entre trabalhadores e empregadores com vistas ao atendimento das necessidades inadiáveis da sociedade. Logo, haveria trabalhadores que teriam votado pela paralisação mas estariam prestando serviço apenas para atender à convocação da liderança e, por outro lado, seria igualmente injusto que restassem prejudicados somente aqueles que, concordando ou não, respeitaram a deliberação coletiva de interromper a atividade produtiva.

Poder-se-ia redarguir que a remuneração não é paga em razão da onerosidade que caracteriza a relação de emprego, mas sim em virtude da impossibilidade, sob a pauta dos direitos humanos, de haver trabalho sem a contrapartida salarial que o dignifica. Ainda assim, a análise da matéria sob a regência do postulado da boa-fé implicaria resistir à ideia de que os trabalhadores remunerados o seriam porque estariam laborando em dissonância da vontade coletiva ou o fizessem para atender a essa vontade, mas na cota dos que foram aleatoriamente escolhidos para servir a interesses coletivos contingentes (a preservação dos meios de produção e as necessidades inadiáveis da comunidade).

Embora a orientação prevalecente seja a de que a greve importa a suspensão total do contrato, com a retenção dos salários a ela intercorrentes, irresistível é conjecturar que haveria um ganho de civilidade, no templo do trabalho, se a doutrina e a

---

[42] Cf. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Greve e Salário.* Disponível em: http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/BoletimDiario/Login.jsp?docDoutrinaId=1241553749

[43] MAIOR, *op. cit.*

jurisprudência decidissem romper o modelo atual no que toca à possibilidade de o empresário exigir a continuidade da atividade econômica após a deflagração regular da greve.

Mesmo que se transija quanto ao direito de o empresário resistir à insurreição obreira – porque greves abusivas realmente existem – antes de a vontade coletiva se manifestar, deixando aberto o seu estabelecimento e disponíveis as condições de trabalho, não estaria ele autorizado a frustrar a finalidade da greve depois de instaurar-se ela, seja ao "adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento"[44], seja pelo uso de medidas dissuasórias como a remoção de empregados ou trabalhadores subcontratados e a proteção do local de trabalho por meio de interditos possessórios. O *locus* da greve é o lugar onde as condições de trabalho se desenvolvem sem a equidade aspirada pela coletividade dos trabalhadores.

Em pelo menos uma hipótese a jurisprudência se sedimenta no sentido de a conduta desleal do empresário impor o pagamento dos salários em meio à greve. Trata-se da greve que não busca a formulação de uma norma coletiva que inove a ordem jurídica, mas serve como reação ao descumprimento, pelo empregador, de norma preexistente[45]. Até mesmo sob a regência da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), regra básica que o direito civil contempla no âmbito dos contratos bilaterais, não se pode impor à parte inocente, se a outra negligencia a sua prestação, um ônus desmesurado.

A bem dizer, a matéria se reveste de maior complexidade quando se a submete à regência da boa-fé objetiva. Pode-se inclusive evoluir para se compreender que não haveria, como usualmente se defende ao interpretar-se o art. 7º da Lei 7.783/89[46], a premissa legal do não pagamento dos salários se norma coletiva, laudo

---

[44] Há, nesse sentido, vedação expressa no art. 6º, §2º da Lei 7783/89.

[45] Sobre o tema: "RECURSO ORDINÁRIO. DISSÍDIO COLETIVO. GREVE DEFLAGRADA PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO DE ESTRADAS, PAVIMENTAÇÃO, OBRAS DE TERRAPLANAGEM E MONTAGEM INDUSTRIAL DO ESTADO DA BAHIA - SINTEPAV/BA. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. NÃO PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS. O Regional declarou a abusividade da greve dos trabalhadores das obras de construção de gasoduto no projeto denominado GASCAC (Bahia), tanto em relação aos aspectos formais quanto materiais, previstos na Lei nº 7.783/89, e isentou as empresas representadas neste dissídio pelo Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada - SINICON do pagamento, aos grevistas, referente aos dias em que não exerceram as suas atividades. Nos termos do art. 14 da Lei de Greve, a não observância dos ditames nela contidos, confere ao movimento paredista o caráter de sua abusividade, pelo que não há que ser modificada a decisão a quo quanto a esse aspecto. Ocorre que, mesmo se assim não fosse, o entendimento atual desta Seção Especializada é o de que, independentemente da adjetivação dada à greve, como abusiva ou não, o empregador não está obrigado a pagar o salário correspondente aos dias de paralisação, excluídas algumas hipóteses - como atraso no pagamento de salários e lockout -, esalvo acordo entre as partes. É que, nos termos do art. 7º da Lei 7.783/89, a participação em greve suspende o contrato de trabalho. Nesse contexto, nega-se provimento ao recurso ordinário interposto pelo SINTEPAV/BA. Recurso ordinário não provido" (RO - 69700-88.2009.5.05.0000 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 14/06/2010, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 28/06/2010).

[46] Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

arbitral ou decisão judicial não dispuserem sobre a obrigação de pagá-los, apesar da greve. Em vez de se partir da premissa de que apenas essas outras fontes de direito poderiam obrigar o empregador ao pagamento de salários intercorrentes, adotar-se-ia a premissa inversa, deixando-se ao poder judiciário a discricionariedade de decidir, frente às circunstâncias do caso concreto e em processos individuais, se a ausência das fontes de direito *exigidas* pelo art. 7º da Lei 7.783/89 implicaria o pagamento, ou não, dos salários.

O dissídio coletivo, se manejado, serviria somente para que se declarasse, sendo o caso, o direito à percepção dos salários. Como se dirá adiante, o direito de não pagar salários depende da conduta do empregado durante a greve, inclusive porque dela pode ele não participar.

21.5 A greve sob intervenção judicial

É da tradição da sociedade brasileira confiar ao poder judiciário a solução de seus conflitos. Mas é provável, como afirma Crivelli[47], que a necessidade de se prestar jurisdição sobre a licitude ou legalidade da greve, em dissídios coletivos instaurados com esse fim, tenha nascido com a Lei 4.330/64, a lei que regia a greve nos tempos de regime político autoritário.

Sob a regência daquela lei, o pagamento dos salários durante a greve era, porém, uma obrigação que se associava ao atendimento das reivindicações. Predizia o art. 20, parágrafo único, da Lei 4.330/64: "a greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período de sua duração e o cômputo do tempo de paralisação como de trabalho efetivo, se deferidas, pelo empregador ou pela Justiça do Trabalho, as reivindicações formuladas pelos empregados, total ou parcialmente". Logo, a greve justa implicava o pagamento dos salários.

Se por um lado havia a atenuação da regra segundo a qual o pagamento dos salários deve suspender-se pela singela razão da greve, por outro se impunha uma intervenção judicial que mais adiante seria usada, muita vez, apenas para reprimir o movimento grevista. É que o poder judiciário está, cada hora mais, inibido na função de assegurar conquistas para os trabalhadores por meio de dissídios coletivos de natureza econômica, mas é provocado para declarar a abusividade da greve e assim inviabilizar a fluência natural do movimento paredista, sem considerar a responsabilidade individual de cada trabalhador.

Os vícios formais da greve a fazem abusiva e não se oferecem, na prática, à possibilidade de serem sanados. Ademais, a declaração de abusividade serve ao empregador para que ele se certifique de que não deve os salários intercorrentes e de que pode ameaçar com a dispensa por justa causa o empregado que não retornar ao trabalho. Entretanto, o sistema jurídico se revela contraditório nesse ponto, dado que o

---

[47] CRIVELLI, Ericson. *Interditos Proibitórios Versus Liberdade Sindical – Uma Visão Panorâmica do direito Brasileiro e uma Abordagem do Direito Internacional do Trabalho.* Revista LTr 73-12/1415, dezembro de 2009.

comportamento do trabalhador durante a greve abusiva pode isentá-lo de qualquer sanção, sobretudo se ele figura entre os que não aderiram à greve e por isso dela não participaram. Assim, a suspensão dos salários e a dispensa por justa causa somente poderiam ser equacionadas em um processo individual.

Em outros sistemas, inclusive o espanhol, inexiste a possibilidade de o órgão jurisdicional decidir sobre a abusividade ou ilicitude da greve, como um todo unitário, não obstante possa o juiz prover jurisdição a propósito da conduta individual do empregado que dela participe. Assim se harmoniza, inclusive, o controle judicial com a regra legal (muito festejada, embora aqui criticada) de que estaria no âmbito da dimensão individual da greve a adesão e a participação do trabalhador.

Ademais, o modelo atual de dissídio de greve, que reclama uma decisão judicial ampla sobre a abusividade do movimento paredista, além de não estar fundado em preceito constitucional ou legal específico, conduz a um dilema de difícil superação: se a greve é abusiva por vícios na sua convocação, o trabalhador estaria sendo punido em razão de conduta que deveria responsabilizar o sindicato ou a comissão dirigente da greve; se a greve é abusiva pela conduta inadequada dos trabalhadores, somente em processos de índole individual se poderia mensurar a responsabilidade de cada um deles. Portanto, o dissídio de greve que visa exclusivamente à declaração de abusividade é um meio dissuasório que serve apenas para inibir, preventivamente, o exercício de direito fundamental, o direito de greve.

21.6 A greve e o interdito proibitório[48]

Faz algum tempo que os empresários usam o dissídio de greve, especialmente aquele em que buscam a declaração de abusividade do movimento grevista, e também os interditos proibitórios como fórmulas engenhosas de refrear a reivindicação obreira porventura aparelhada pela greve. E até ser editada a Emenda Constitucional 45/2004 e a Súmula Vinculante n. 23 do Supremo Tribunal Federal, os interditos proibitórios eram ajuizados na justiça comum, abrindo-se duas frentes, com enfoques distintos, junto às quais os trabalhadores defendiam o exercício, por eles, do direito fundamental de greve.

Em verdade, os trabalhadores se deslocam do ataque à defesa, sendo natural que desconfiem das garantias constitucionais aparentemente à sua disposição, se na prática o seu manejo os faz verdadeiramente acuados. Os interditos proibitórios eram e são ajuizados a pretexto de que a posse dos bens do empregador estaria ameaçada de turbação ou esbulho em razão da greve, havendo notícia de liminares judiciais impedindo que os trabalhadores se concentrem a menos de cem ou duzentos metros do

[48] O interdito proibitório é um dos interditos possessórios. Conforme Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 103), "três são os interditos possessórios: o de manutenção de posse, quando o possuidor é turbado em sua posse: o de reintegração de posse, se ocorre o esbulho ou a perda da posse; e o proibitório, no caso de simples ameaça, sem a perda ou limitação parcial no exercício do direito sobre a posse".

local de trabalho, ou seja, do lugar onde se instalou o conflito e haveriam de estar interagindo com o empregador[49].

Há, decerto, um aspecto cultural influenciando essa postura inibitória do direito de greve, sendo dela um claro sinal a alusão, muita vez, ao art. 202 do Código Penal, que prevê pena de reclusão e multa para aquele que "invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor", tipo legal que somente faria sentido fora do contexto da greve.

No atual estágio da civilização ocidental, a opção do legislador por um método de solução de conflito deve ser considerada e otimizada. O melhor lugar para solucionar um conflito, se o método citado traduz-se na autotutela de interesses, é certamente aquele onde o conflito se realiza. E a circunstância de "impedir ou embaraçar o curso normal de trabalho" é irrelevante se a tanto se destina a greve, sendo os empecilhos e embaraços à normalidade do trabalho uma sua conseqüência natural.

Convém, portanto, verificar os pressupostos e fins dos interditos proibitórios para que se analise, com alguma profundidade, o cabimento dessa ação como meio de inibir o direito de greve. Como parâmetro dessa análise jurídica, interessa notar que, segundo o art. 932 do Código de Processo Civil, "o possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o conceito". Assim está regido o interdito proibitório.

21.6.1 A ameaça à posse como pressuposto do interdito possessório

A posse não se confunde com a mera detenção. À luz do art. 1.198 do Código Civil, considera-se detentor "aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". Antes, durante e após a greve, o empregado é detentor dos bens cujo domínio ou propriedade, ou mesmo a posse, pertencem ao seu empregador.

Nada muda em razão da greve, pois de posse somente se cuidaria se o trabalhador pudesse ou quisesse exercer, em nome próprio, qualquer dos poderes inerentes à propriedade[50], quais sejam: "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha"[51].

Não se está aqui a ressuscitar a vetusta teoria subjetiva de Savigny, para quem a posse exigia o *corpus* e o *animus*, vale dizer, o poder físico sobre a coisa e a intenção de tê-la para si. É que o empregado, em circunstância nenhuma, está na

[49] Ver, por todos, Crivelli, Revista LTr 73-12/1425.
[50] Art. 1204 do Código Civil – Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.
[51] Art. 1228 do Código Civil.

contingência de exercer os poderes inerentes ao domínio, não se modificando esse estado de coisas pelo fato de o empregado, ao participar da greve, continuar ou não como detentor dos bens, máquinas e equipamentos pertencentes ao empregador.

O possuidor dos meios de produção é desenganadamente o empregador e a greve não o despoja dessa condição. Dir-se-ia, então, que o interdito proibitório seria cabível em razão de a posse dos bens do empregador estar sofrendo ameaça de trabalhadores que não teriam, em verdade, a intenção de possuí-los. Na ordem dos fatos, as duas únicas possibilidades de essa posse do empregador estar sob ameaça se alojariam em duas hipóteses: a) no plano teórico, a intenção, que poderia ter o empregador, de usar os seus bens com finalidade diversa ou mesmo aliená-los; b) no plano prático, a impossibilidade de o empregador exercer poder físico (*corpus*) sobre os seus bens, não conseguindo a eles ter acesso ou promover o costumeiro uso por outros empregados, em razão da greve.

Acerca da primeira hipótese, não se pode olvidar que os bens integrantes do estabelecimento empresarial servem, exclusivamente, à produção de bens ou serviços a que se dedica a empresa. Esse dado é relevante porque, assim como a propriedade, também a posse, como uma sua natural projeção, se reveste de função social. É como dizer, dizendo-o Marcos Alcino de Azevedo Torres:

> "A propriedade sobrevive sem o exercício da posse, de forma abstrata, com base no título aquisitivo. A posse não sobrevive sem a realidade de sua existência, não sendo razoável imaginar posse meramente abstrata. Daí a função social 'ser mais evidente na posse e muito menos' na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal. A função social na propriedade [...] 'tem por finalidade instituir um conceito dinâmico' em substituição 'ao conceito estático', correspondendo uma reação antiindividualista".[52]

Aquele que pretende manter a posse para exercer os direitos inerentes à propriedade, deve agir em conformidade com o art. 5º, XXIII da Constituição – porque a propriedade deverá atender à sua função social – e, na mesma vereda, observar que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais"[53].

Não é consistente, portanto, o argumento de que, durante a greve e estranhamente, o empresário poderia usar, gozar e dispor livremente dos bens que ordinariamente usa para desenvolver a sua atividade econômica, pois o direito à propriedade e à posse não o protege para fins sem relevância social ou mesmo desnecessários. Em suma, "o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural da necessidade"[54].

---

[52] *Apud* MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.
[53] Art. 1228, §1º do Código Civil: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".
[54] Cf. Luiz Edson Fachin, *apud* Bezerra de Melo, *op. cit.*, p. 26.

A segunda hipótese de possível ameaça à posse dos bens do empregador se revelaria quando a greve tornasse impossível a ele exercer sequer a detenção desses seus bens, não conseguindo a eles ter acesso ou promover o costumeiro uso por outros empregados. Assim se daria se os grevistas impedissem o próprio empregador ou seus prepostos de ingressar no estabelecimento, ou se apoderassem os grevistas dos meios de produção de modo a impedir que outros empregados, aqueles que normalmente utilizariam esses bens e equipamentos em sua rotina diária na empresa, fizessem-no durante a greve.

De logo se exclui a propriedade de manejar-se o interdito proibitório se os empregados que operam certos equipamentos são aqueles mesmos que, em meio à greve, mantêm a detenção desses bens, sem operá-los, durante o horário de trabalho. Salvo no caso de esses bens serem objeto de manutenção ou utilização para atender a necessidades inadiáveis da comunidade, o empregador não pode recuperar-lhes a posse para destiná-los ao uso por outros empregados (pois a substituição de empregados é vedada durante a parede) ou, como sobrevisto, a qualquer outra finalidade que não corresponda à função social inerente aos meios de produção.

O interdito proibitório estaria reservado, portanto, à proteção da posse do empregador nos casos em que ele próprio não tem acesso ao seu estabelecimento ou os trabalhadores se fazem detentores de bens, máquinas ou equipamentos que seriam usados normalmente por trabalhadores que não aderiram à greve. Percebe-se logo que não se trata de situações concretas que possam ser supostas apenas pelo exercício do direito de greve, demandando prova de que os trabalhadores estão mesmo a utilizar-se desse expediente abusivo e relativamente desnecessário para o sucesso do movimento paredista.

21.6.2 A necessidade de audiência de justificação para a concessão do mandado proibitório

Está visto que a greve não pressupõe a perturbação da posse que o empregador titulariza sobre os meios de produção. A seu turno, o art. 933 do CPC remete à seção precedente, que regula as demais ações possessórias, sendo de relevo notar que, da leitura combinada dos artigos 927, II, 928 e 932, os processualistas inferem a necessidade de audiência de justificação sempre que a ameaça de turbação ou esbulho não estiver previamente demonstrada.

Caberia assinalar, como o faz Arnaldo Rizzardo, que “o primeiro requisito apontado tanto no Código Civil anterior, no atual, como no Código de Processo Civil, é o justo receio de ser o possuidor molestado, o que significa o temor justificado, com base em elementos concretos, e não em meras suposições, da iminência de uma ofensa concreta à posse”[55]. Em igual sentido caminha iterativa e substanciosa jurisprudência[56]

[55] *Op. cit.*, p. 109.

[56] Ementas de acórdãos dos tribunais de justiça de São Paulo, Bahia, Rio Grande do Sul, Sergipe e Minas Gerais no sentido de exigir a audiência de justificação quando não há prévia demonstração de que a posse estaria sendo de algum modo molestada: “Possessória - Liminar - Interdito proibitório - Alegação de invasão de área de proteção ambiental por terceiro – Inexistência do menor indício de prova da condição

proveniente da justiça comum, desde sempre habituada às querelas acerca de direitos reais.

A concessão liminar do mandado proibitório não pode resultar da mera convocação da greve, pois a greve não inibe o exercício da posse, sequer lhe dizendo respeito. E a postura exigente da demonstração prévia de que se estaria molestando a posse do empregador é importante para que não se utilize uma ação possessória, destinada a proteger um interesse pessoal e não raro egoístico, como artifício para esvaziar a força persuasiva que compõe o núcleo essencial do direito fundamental à greve.

Além de serem improváveis as hipóteses de cabimento do interdito proibitório em meio à greve, o aspecto de por ele se sublimar um interesse de menor estatura jurídica (o de posse[57]), hipostasiado pela intenção de enfraquecer um direito

---

do imóvel - Indeferimento do pedido liminar - Recurso desprovido" (TJSP, A6RV 990.10.047654-8, Des. Melo Colombi, j. 07/04/2010). "Agravo de instrumento. Interdito proibitório. Liminar. Deferimento ante ao contexto probatório, à justificação realizada e o parecer favorável do Ministério Público. Manutenção da decisão do juízo singular. Manutenção da decisão singular ante a proximidade do juiz à causa, aos fatos, as provas já produzidas. Agravo de instrumento desprovido" (TJBA, 3ª Câmara Cível, AI 34198-9/2008, Des. Edson Ruy Bahiense Guimarães, j. 13/01/2009). "Agravo de instrumento. Ação de interdito proibitório. Justificação prévia. Mandado liminar. Razoável verificação dos requisitos autorizadores da medida. Improvimento. Em sede de interdito proibitório, a concessão de medida liminar, lastreada em justificação prévia, em que se verifica, ainda que precariamente, a posse do autor. Bem como o seu justo receio de ser nela molestado, equivale à garantia de inalterabilidade da situação fática e, por conseguinte, assegura o deslinde da questão, dependente este de prova a ser concretizada durante a instrução. Esse é o alcance a ser dado ao art.929, e que melhor atende ao princípio da igualdade processual" (TJBA, 1ª Câmara Cível, AI 25799-5/2003, Desa. Vilma Costa Veiga, j. 23/05/2007). "Agravo interno em agravo de instrumento. Interdito proibitório. Suspensão de decisão que havia deferido pedido liminar até a realização de audiência de justificação. Situação dos autos que aconselha o aguardo da solenidade para manifestação definitiva sobre pedido liminar. Agravo a que se nega seguimento" (TJRS, 9ª Câmara Cível, Agravo n. 70035658871, Desa. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 28/04/2010). "Apelação Cível - Possessória - Interdito Proibitório - Análise coerente do arcabouço probatório por parte do julgador singular - Ausência de plausibilidade da tese invocada - Não atendimento aos requisitos traçados no art. 932, CPC - Manutenção da sentença - Recurso Improvido – Unânime" (TJSE, Apelação Cível nº 2951/2006, Des. Cezário Siqueira Neto, j. 29/10/2007). "Nos interditos, a expedição de mandado proibitório com cominação de pena pecuniária depende de concessão liminar precedida de justificação" (TJMG, RJTAMG 28/60, *apud* Theotonio Negrão, CPC Comentado, 41ª edição, p. 1055).

[57] O direito de posse não é direito fundamental, embora o seja o direito de propriedade, do qual a posse é circunstancialmente uma projeção (a posse revela-se no exercício, de fato, dos direitos inerentes à propriedade). Mas sequer a propriedade sobre um determinado bem é um direito fundamental, posto o seja o direito genérico de ser proprietário. Se a propriedade sobre determinado bem fosse um direito fundamental, teria ele as características da irrenunciabilidade, imprescritibilidade e incessibilidade, o que seria um contrassenso numa sociedade que se amolda ao liberalismo econômico. A pessoa não pode renunciar ao direito, que titulariza sempre, de investir-se na condição de proprietário, também não podendo ceder ou ter prescrito o direito à propriedade, genericamente considerada. Há uma passagem de Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 45) que é elucidativa por se referir ao caráter polissêmico do direito de propriedade "con el que se entiende – tanto em Locke como en Marshall – al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido responsable de dos opuestas incomprensiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos 'burgueses' a par de la propiedad".

fundamental (o de greve), recomenda uma postura criteriosa e firme na admissibilidade da ação possessória. Inclusive porque o empregador pode assegurar o seu ingresso no estabelecimento empresarial ou a utilização de equipamentos usualmente operados por não grevistas por meio de petições incidentes no dissídio coletivo porventura já instaurado, sabendo todos que os interditos possessórios foram originalmente usados apenas para satisfazer o desejo maldisfarçado de fazer migrar a solução real do litígio para ramos do poder judiciário que não estavam habituados à questão social do trabalho humano, nem para ela se especializaram.

Referências bibliográficas

BAYLOS GRAU, Antonio. *Continuidad de la Producción o del Servicio y Facultades Empresariales em Casos de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005

BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *El Procedimiento de Ejercicio del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005

CRIVELLI, Ericson. *Interditos Proibitórios Versus Liberdade Sindical – Uma Visão Panorâmica do direito Brasileiro e uma Abordagem do Direito Internacional do Trabalho.* Revista LTr 73-12/1415, dezembro de 2009

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2010

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil.* Madrid: Editorial Trotta, 2006

GIL ALBUQUERQUE, Román. *Efectos de la Huelga sobre la Relación Individual de Trabajo y la Relación de Seguridad Social. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Greve e Salário.* Disponível em: http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/BoletimDiario/Login.jsp?docDoutrinaId=1241553749

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho.* São Paulo: Atlas, 2007

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

MELO, Raimundo Simão de. *A Greve no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTr, 2006

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Âmbito Subjetivo y Titularidad del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Forense, 2007

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência.* São Paulo: LTr, 1996, p. 307

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Capistrano de. *Capítulos de História Colonial*. São Paulo: Publifolha, 2000.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. *O Contrato de Experiência*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993, p. 460.

ALVES, José Carlos Moreira. *O Novo Código Civil Brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas*. Disponível em: http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm

ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Editorial Boitempo, 2000.

BAKUNIN, Michael Alexandrovich. *Textos anarquistas.* Seleção de Daniel Guérin. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre: L&P, 1999.

BARROS, Alice Monteiro de. *Noções de Direito Sindical*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 648.

_____. *Poder Hierárquico do Empregador – poder diretivo*. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Proteção à Intimidade do Empregado.* São Paulo: LTr, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, BATALHA, Sílvia Marina Labate. *Sindicatos, Sindicalismo.* São Paulo: LTr, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Rescisão Contratual Trabalhista: despedida arbitrária individual/coletiva.* São Paulo: LTr, 1997.

BAYLOS GRAU, Antonio. *Continuidad de la Producción o del Servicio y Facultades Empresariales em Casos de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Lejus, 1998.

BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *El Procedimiento de Ejercicio del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilaqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Márcio Pugliesi e outros. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição. São Paulo : Malheiros Editores, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997.

CARDONE, Marly A. *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito.* Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Férias na CLT e na Convenção 132 da OIT: Normas Parcialmente Antinômicas*. In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo. Coordenador Florisbal de Souza Del'Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 107-124.

_____. *Contribuição Sindical – Direito de Não a Receber*. *In:* Temas relevantes de direito material e processual do trabalho. Coordenação de Carla Teresa Martins Romar e Otávio Augusto Reis de Sousa. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Período de Estabilidade do Representante dos Trabalhadores na Comissão de Conciliação Prévia*. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 80-82.

CARVALHO, J. Antero de. *Cargos de Direção no Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1981.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

_____. *Tratado Jurídico do Salário.* São Paulo: LTr, 1994.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho* / A. F. Cesarino Júnior, Marly A. Cardone. São Paulo: LTr, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial.* São Paulo: Saraiva, 1994.

COLE, George. *Ideologias Políticas*. Org. Anthony de Crespigny e Jeremy Cronin. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Editora UnB, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico.* Tradução de Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

COULON, Olga Maria Fonseca, PEDRO, Fabio Costa. *Os Movimentos Operários e o Socialismo.* Disponível em: http://br.geocities.com/fcpedro/cartism.html.

CRIVELLI, Ericson. *Interditos Proibitórios Versus Liberdade Sindical – uma visão panorâmica do direito brasileiro e uma abordagem do direito internacional do trabalho.* Revista LTr 73-12/1415, dezembro de 2009.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano Del Trabajo.* México: Editorial Porrua S/A, 1961.

DE MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho.* Tradução de Eugênia Deheinzelin. São Paulo: Editora Esfera, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Fontes do Direito do Trabalho*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. I. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Jornada de trabalho e descansos trabalhistas.* Belo Horizonte: Editora RTM, 1996.

_____. Sujeitos do contrato de trabalho: o empregador. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em homenagem a Célio Goyatá. Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Volume I. São Paulo: LTr, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1997.

DOMÉNECH, Antoni. *El Eclipse de la Fraternidad.* Barcelona: Crítica, 2004.

DONATO, Messias Pereira. Direito de greve e seu exercício: efeitos sobre o contrato individual de trabalho. Coordenação de Gustavo Adolpho Vogel Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 588.

DROZ, Jaques. *O Movimento Operário na Alemanha e o Neo-hegelianismo.* Disponível em: http://www.pco.org.br/biblioteca/origens/movimentooperarioalemanha.htm.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil.* Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia.* Tradução para o espanhol de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho.* São Paulo: LTr, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil.* São Paulo: Publifolha, 2000.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Introdução Crítica ao Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Justa Causa.* São Paulo: LTr, 1992.

GIL ALBUQUERQUE, Román. *Efectos de la Huelga sobre la Relación Individual de Trabajo y la Relación de Seguridad Social. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005.

GOMES, Gilberto. *Solidariedade e continuidade empresarial no Brasil. In:* Noções Atuais de Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk. Coordenador José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1995.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho.* Atualização de José Augusto Rodrigues Pinto. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, Emílio, GONÇALVES, Emílio Carlos Garcia. *Direitos Sociais dos Empregados Domésticos.* São Paulo: LTr, 1991.

GONZALEZ, German Barreiro. *Reflexiones sobre el Outsourcing en la Empresa*. *In:* Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* São Paulo: Malheiros, 1996.

GURVITCH, Georges. *La Idea del Derecho Social.* Tradução para o espanhol de José Luis Monereo Pérez y Antonio Márquez Prieto. Granada (Espanha): Calmares, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia.* Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1975.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Garantia no Emprego dos Representantes dos Trabalhadores nas Comissões de Conciliação Prévia*. In: VIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2000, São Paulo. São Paulo: LTr, 2000, pp. 83-85.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1980.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção.* São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. *Turnos Ininterruptos de Revezamento*. Revista LTr 53-6/653, São Paulo, ano 53, junho 1989.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Cooperativas de Trabalho*. Revista LTr 60-08/1060. São Paulo, v. 60, n. 08, agosto de 1996.

_____. *Greve e Salário.* Disponível em: http://www.otrabalho.com.br/Jsp/Site/BoletimDiario/Login.jsp?docDoutrinaId=1241553749

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho.* Atualização por Luiz Inácio Barbosa Carvalho. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT.* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito do trabalho.* São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Direito *do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política*. Tradução de Edgard Malagodi. Coleção *Os Pensadores.* São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* Atualização de Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.* São Paulo: RT, 1978.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *A Greve no Direito Brasileiro.* São Paulo: LTr, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho.* 3ª edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Do Contrato de Trabalho como Elemento da Empresa.* São Paulo: LTr, 1993.

MORAES FILHO, Evaristo, MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Teoria Jurídica do Salário.* São Paulo: LTr, 1994.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho.* Tradução de Regina Maria Macedo Nery Ferrari e outros. Curitiba: Gênesis, 1997.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Comentários aos Enunciados do TST*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

OLIVEIRA, José César de. *Factum Principis, Força Maior e Temas Correlatos*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 497.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Âmbito Subjetivo y Titularidad del Derecho de Huelga. In: Estudios sobre la Huelga*. Coordenador Antonio Baylos Grau. Albacete (Espanha): Bomarzo, 2005.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica.* Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues de. *O Direito do Trabalho e as Questões de Nosso Tempo.* São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Processo trabalhista de conhecimento.* São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Curso de Direito Individual do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Discriminação. In* Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. Org. Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

PRADO JR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Visão Geral do Novo Código Civil*. 2002. In: Jus Navegandi, n. 54. [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Enunciado n. 354*. *In:* O que há de novo em direito do trabalho. Coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo: LTr, 1997.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia. *Processo do Trabalho Básico: da inicial à sentença.* São Paulo: LTr, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho.* São Paulo: Editora LTr, 1994.

RODRIGUES, Manuel Cândido. *Contrato de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993, p. 402.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho.* Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *O Princípio da Equivalência das Prestações na Execução do Contrato de Trabalho. In: Revista Jurídica do Trabalho*, Salvador, ano I, n. 1, p. 157, abr./jun. 1988.

_____. *Proteção contra a Despedida Arbitrária.* Revista Trabalho & Processo, junho de 1994, São Paulo, Editora Saraiva, p. 8.

ROMITA, Arion Sayão. *Sindicalismo, economia, estado democrático*: *estudos*. São Paulo: LTr, 1993.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho.* Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações Coletivas de Trabalho.* Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de Direito do Trabalho.* Tradução de Élson Guimarães Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado.* Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia de Direito do Trabalho.* Salvador: Gráfica Contraste, 1996.

SILVA, Otacílio P. *Empregados Domésticos*. *In:* Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá / Coordenação de Alice Monteiro de Barros. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Jornada de Trabalho em Turnos de Revezamento*. Revista LTr 52-11/1327, São Paulo, ano 52, novembro 1988.

_____. Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social, VII. Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão. Participação de Luiz Inácio Barbosa Carvalho. São Paulo: LTr, 1992.

VALLE, Márcio Ribeiro do. *Insalubridade e Periculosidade*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1993, p. 198.

VASCONCELOS, Denise Arantes Santos. *A Prescrição Total na Vigência do Contrato de Trabalho – análise crítica do instituto e sua aplicação.* Revista LTr 73-01/91. Vol. 73, nº 01, janeiro de 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. *Adicional de Horas Extras*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 173.

_____. *Direito de Resistência.* São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Equiparação Salarial*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 312.

_____. *Greve*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 688.

VICENTINO, Cláudio. *História Geral.* São Paulo: Scipione, 1997.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2004.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *O Novo FGTS*. *In:* Curso de direito do trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá. Vol. 2. São Paulo: LTr, 1993, p. 580.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.